Die Pfändung von Teileigentümergrundschulden

Inaugural=Dissertation

zur Erlangung der rechtswissenschaftlichen Doktorwürde
einer Hohen Rechts= und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Westfälischen Wilhelms=Universität zu Münster i. W.

Vorgelegt von
Jost Bürger
aus Eisenach
1935

Druck von R. van Acken, Lingen=Ems, (Hannover) 1935

Referent Herr Prof. Dr. Naendrup.
Korreferent Herr Prof. Dr. Rosenfeld.

Inhaltsübersicht.

Literaturverzeichnis.

Armstroff: Die Zwangsvollstreckung. Berlin 3. Aufl. 1933.

Bauer, Theodor: Das Eigentümergrundpfandrecht. Diss. Marburg 1930.

Baumbach: Zivilprozeßordnung. 10. Aufl. Berlin 1935.

Ballhausen, Hans: Abtretbarkeit und Pfändbarkeit des Berichtigungsanspruchs. Diss. Göttingen.

Bertin: Pfändung einer auf einer Briefhypothek beruhenden Eigentümergrundschuld. JW. 1933 S. 1988 f.

Beseler: Abgeschwächte Zession. Archiv ziv. Pr. Bd. 110, 114.

Biermann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, III. Buch, Sachenrecht. Berlin 1914.

Blomeyer: Zwangsvollstreckung. Berlin und Leipzig 1933.

Brand-Schnitzler: Die Grundbuchsachen in der gerichtlichen Praxis. 5. Aufl. Berlin 1931.

Bruck, E.: Die Eigentümerhypothek. Jena 1903.

Cosack-Mitteis: Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts, II. Band. 7./8. Aufl. 1924.

Crome: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, III. Band, Rechte an Sachen und an Rechten. Tübingen 1905.

Denkschrift zu dem Entwurf einer Grundbuchordnung. Berlin 1897.

Dernburg: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, III. Band. Halle 1908.

Du Chesne: Zur Übertragung des Berichtigungsanspruchs. ZBlFG. Bd. 13/141 ff.

Du Chesne: Die Pfändung des Berichtigungsanspruchs und das Kammergericht. Zeitschr. d. Deutsch. Notarvereins. 16. Jg. Heft 2 S. 73 ff.

Du Chesne: Das Verfügungsverbot bei Pfändung der Eigentümergrundschuld. Sächs. Arch. f. Rechtspfl. 7. Jg. S. 331 ff.

Elsig, Heinrich: Die Pfändbarkeit des Berichtigungsanspruchs und der Schutz des Pfändungsgläubigers gegen Vollstreckungsvereitelung durch Verfügungen des Schuldners oder Buchberechtigten. Diss. Köln 1933.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II. Bd., Sachenrecht. 8. u. 9. Aufl. Berlin 1905.

Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Nebst Motiven. Berlin u. Leipzig 1888.

Falkmann-Mugdan: Die Zwangsvollstreckung mit Ausschluß der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. 2. Aufl. Berlin 1914.
Finkel, Manfred: Die Abtretbarkeit und Pfändbarkeit des Berichtigungsanspruchs aus § 894 BGB. Diss. Breslau 1932.
Francken, Hans: Die Einwirkung von Akten der Zwangsvollstreckung auf die nicht voll valutierte Höchstbetrags-Hypothek. Diss. Köln 1932.
Förster: Besprechung einiger neuerer Entscheidungen des Kammergerichts in Grundbuchsachen. Recht 1904/91 Nr. 3.
Förster-Kann: Kommentar zur Zivilprozeßordnung. I. Bd. Berlin 1913. II. Bd. Berlin 1926. 3. Aufl.
Freudenthal: Die Pfändung der Eigentümerhypothek und Eigentümergrundschuld. J.W. 1904 S. 602 ff.
Fuchs: Grundbuchrecht. Kommentar zu den grundbuchrechtlichen Normen des Bürgerlichen Gesetzbuches und zur Grundbuchordnung. Bd. I. Materielles Grundbuchrecht. 1902.
Fuchs-Arnheim: Grundbuchrecht. Kommentar zu den grundbuchrechtlichen Normen des Bürgerlichen Gesetzbuchs und zur Grundbuchordnung. Bd. II. Formelles Grundbuchrecht. Berlin 1908.
Gährs: Die Pfändung von Teilgrundstückspfandrechten. J.W. 1933 S. 1299.
v. Gierke, J.: Bürgerliches Recht, Sachenrecht. Berlin 1925.
v. Gierke, O.: Deutsches Privatrecht, Bd. III. München 1917.
Goldmann, L.: Die Abtretung und Pfändung des Berichtigungsanspruchs. Gruchots Beitr. 62/478 ff.
Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch, II. Bd., Sachenrecht. Berlin 1912.
Goldschmidt, Jam.: Zivilprozeßrecht. 2. Aufl. 1932.
Goldschmidt, Jam.: Der Prozeß als Rechtslage. Berlin 1925.
Güthe: Die Fassung des Pfändungsbeschlusses im Falle der Pfändung einer Eigentümerhypothek. in Seuff. Bl. f. RA. 76/611 ff. 1911.
Güthe-Triebel: Grundbuchordnung für das Deutsche Reich. 5. Aufl. Berlin 1929.
Hauser: Die Zwangsvollstreckung in Hypotheken. Diss. 1906.
Hauß, Fritz: Die Pfändung der Eigentümergrundschuld. Diss. Marburg 1931.
Heck: Grundriß des Sachenrechts. Tübingen 1930.
Hein: Handbuch der Zwangsvollstreckung. 2. Aufl. Hannover 1914.
Hellwig, H.: Ermächtigung zur Prozeßführung über fremdes Recht im eigenen Namen. Gruch. Beitr. 55/607 ff.
Hellwig-Oertmann: System des deutschen Zivilprozeßrechts. Leipzig 1912—1919.

Herold: Behandlung aufschiebend bedingter Rechte im deutschen Grundbuchsystem. ZBlFG. 8/345.
Heymann, Karl: Die Pfändung der Eigentümergrundpfandrechte. Diss. Leipzig 1907.
Hirsch: Die Übertragung der Rechtsausübung, I. Teil. Berlin 1910.
Hoffmeister: Die Geldvollstreckung in nicht eingetragene Grundstücksrechte. Diss. Halle 1912.
Jung: Bürgerliches Recht. In Stammlers Enzyklopädie des gesamten deutschen Rechtes. Berlin 1931.
Kiehl: Besprechung der „Grundbuchordnung für das Deutsche Reich und die preußischen Ausführungsbestimmungen" von Güthe. Gruch. Beitr. 55/842 ff.
Körting, Ehrhart: Ist die Pfändung der bei einer Höchstbetragshypothek bestehenden Eigentümergrundschuld in das Grundbuch eintragbar? J.W. 1933 S. 2815 f.
Körting, Ehrhart: Die Zwangsvollstreckung in nicht voll valutierte Kreditsicherheiten. J.W. 1933 S. 2887 f.
Krückmann: Beschränkter Rechtserwerb oder qualitative Teilung nach römischem Recht. Arch. ziv. Pr. 103/139 ff.
Krückmann: Zum Berichtigungsanspruch. ZBlFG. 15/277 ff.
Krückmann: Noch eine Bemerkung zum Berichtigungsanspruch. ZBlFG. 15 S. 378.
Liepmann: Die Pfändbarkeit des Anspruchs auf Berichtigung des Grundbuchs. Berlin 1910.
Lindenberg, Heinz: Grundbuchberichtigung aus fremdem Recht. Diss. Göttingen 1930.
Ludewig: Die Ermächtigung nach bürgerlichem Recht. Marburg 1922.
Mayer, Paul: Die Pfändung von Eigentümerhypotheken. Gruch. Beitr. Bd. 56 S. 260 ff.
Mende: Zur Frage der Übertragbarkeit und Pfändbarkeit des Berichtigungsanspruchs. Jher. J. 70/151 ff.
Meyer: Zu §§ 894, 1155 BGB., in Seuff. Bl. f. RA. 70/162 ff.
Meyer: Pfändung ungebuchter Rechte, besonders der Eigentümerhypothek und des Berichtigungsanspruchs. ZBlFG. 1/293.
Michels: Die Zwangsvollstreckung in nicht voll valutierte Kreditsicherheiten. J. W. 1933 S. 1639.
Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Bd. III. Sachenrecht. Amtl. Ausgabe. Berlin und Leipzig 1888.
Nußbaum: Lehrbuch des deutschen Hypothekenwesens, 2. Aufl. Tübingen 1931.
Oberneck: Die Pfändung der Eigentümerhypothek. Gruch 50/551 ff.
Oberneck: Das Reichsgrundbuchrecht. 4. Aufl. Berlin 1909.
Oertmann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen. I. u. II. Bd. Berlin 1927 u. 1928/1929.

Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. III. Bd. Sachenrecht. 4. Aufl. Berlin-Leipzig 1920.
Planck-Strecker: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Sachenrecht. 5. Aufl. 1. u. 2. Lieferung. Berlin-Leipzig 1932.
Predari: Bemerkung zu Goldmann's Aufsatz über „Die Abtretung und Pfändung des Berichtigungsanspruchs" in Gruch. Beitr. Bd. 62/545 ff.
Predari: Kommentar zur Grundbuchordnung. 2. Aufl. Berlin 1913.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches, bearb. von Achilles, Gebhard, Spahn, Bd. III u. IV. Berlin 1899.
Reichsgerichtsräte-Kommentar: Das Bürgerliche Gesetzbuch. III. Bd. Sachenrecht. 7. Aufl. Berlin-Leipzig 1929.
Roettgen: Zwei grundbuchrechtliche Fragen 1914.
Rosenberg: Kommentar zum BGB. §§ 854—902. 1919.
Rosenberg: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 3. Aufl. Berlin 1931; nebst Nachtrag. 1934.
v. Seeler: Das Miteigentum nach dem BGB. für das deutsche Reich. Halle 1899.
Seuffert-Walsmann: Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 12. Aufl. München 1933.
Siméon-David: Recht und Rechtsgang im deutschen Reich. I. u. II. Bd. 14/15. Aufl. Berlin 1927.
Soergel: Kommentar zum BGB. II. Bd. 5. Aufl. Stuttgart 1931.
Staudinger-Kober: Kommentar zum Sachenrecht. Teil 1 u. 2. 9. Aufl. München-Berlin-Leipzig 1926.
Stein-Jonas: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 14. Aufl. Tübingen 1929.
Stinzing: Die Pfändung des Berichtigungsanspruches. Recht 1905/72.
Sydow-Busch: Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz. 20. Aufl. Berlin und Leipzig 1930.
Schmidt-Ernsthausen: Das nicht vollvalutierte Grundstückspfandrecht, seine Pfändung, deren Sicherung und Grundbucheintragung in J. W. 1933/668.
v. Tuhr: Die unwiderrufliche Vollmacht. Tübingen 1908.
Volmer: Eintragungsfähigkeit der Pfändung des Berichtigungsanspruchs. Gruch. Beitr. 59/624 ff.
Wagener: Die Pfändung und Überweisung des Berichtigungsanspruchs. Berlin 1910.
Warneyer: Kommentar zum BGB. II. Bd. 2. Aufl. Tübingen 1930.
Wolf, Paul: Mehrfache Pfändung des Grundbuchberichtigungsanspruchs. Leipz. Z. 1915/1651, 52.
Wolff, Martin: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. III. Das Sachenrecht. 9. Bearb. Marburg 1932.

Zeitschriften und Entscheidungen.

Archiv für bürgerliches Recht.
Archiv für die zivilistische Praxis.
Blätter für Rechtspflege im Bezirke des Kammergerichts (KGBl.).
Deutsche Juristenzeitung (DJZ.).
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ.)
Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts (Gruch.).
Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts (KGJ.).
Jahrbuch der Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts (EFGG.).
Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts (Iher. Jahrb.).
Juristische Wochenschrift (JW.).
Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht (LZ.).
Das Recht. Rundschau für den deutschen Juristenstand (Recht).
Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (OLGE.).
Sächsisches Archiv für Rechtspflege.
Seufferts Blätter für Rechtsanwendung (Seuff. Bl. f. RA.).
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte (Seuff. Arch.).
Warneyer, Jahrbuch der Entscheidungen des Reichsgerichts (Warn.).
Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit (ZBlFG.).

A. Die maßgebliche Vorschrift.

Die Pfändung von Teileigentümergrundschulden ist wegen ihrer großen praktischen Bedeutung gerade in neuester Zeit stark beachtet worden.[1] Gerade heute werden Hypotheken oft nicht voll valutiert;[2] bei bereits entstandenen Hypotheken werden die Gläubiger oft nur teilweise befriedigt.[3] In diesen Fällen entstehen Teileigentümergrundschulden. Eine Teileigentümergrundschuld entsteht ferner dann, wenn der Gläubiger einer Grundschuld durch den Eigentümer teilweise befriedigt wird, was aus der durch § 1192 Abs. I BGB. gebotenen entsprechenden Anwendung der §§ 1143, 1144 BGB. folgt.[4]

Für die Gläubiger des Eigentümers bedeutet die Teileigentümergrundschuld ein pfändbares Vermögensstück. Die Pfändung von Teileigentümergrundschulden ist aber fast ausnahmslos mit großen Schwierigkeiten verbunden, die teils in der Durchführung des Pfändungsaktes liegen, teils aus entgegenwirkenden Handlungen des Vollstreckungsschuldners oder des dinglichen Gläubigers oder aus konkurrierenden Vollstreckungshandlungen anderer Gläubiger entstehen.

Die Durchführung der Pfändung hat, da die Teileigentümergrundschuld eine echte Eigentümergrundschuld ist, nach den für diese geltenden Vorschriften zu erfolgen.

Für die Pfändung der Eigentümergrundschuld kommen zwei Vorschriften in Betracht, nämlich § 857 Abs. VI und § 857

---

[1]) Vergl. die Ausführungen von Schmidt-Ernsthausen, J. W. 1933 S. 668 ff.; Gährs, J. W. 1933 S. 1299; Michels, J. W. 1933 S. 1639; Bertin, J. W. 1933 S. 1988 f.; Körting, J. W. 1933 S. 2887 f.

[2]) Schmidt-Ernsthausen a. a. O. S. 668.

[3]) Gährs a. a. O. S. 1299.

[4]) Staudinger-Kober § 1192 II 5b; RGR. Komm. § 1192 A I; Wolff § 156 I 3d.

Abs. II ZPO. Nach welcher von beiden Vorschriften die Pfändung zu erfolgen hat, ist streitig. Diese Frage ist aber praktisch wichtig. Ist nämlich § 857 Abs. VI ZPO. die maßgebliche Vorschrift, so ist bei Bucheigentümergrundschulden Eintragung der Pfändung, bei Briefeigentümergrundschulden Übergabe des Briefes erforderlich, da § 857 Abs. VI den § 830 ZPO. für entsprechend anwendbar erklärt. Hat die Pfändung dagegen nach § 857 Abs. II zu erfolgen, so genügt der Pfändungsbeschluß.

Der Wortlaut des Gesetzes ergibt unmittelbar nichts für die Entscheidung dieser Frage, da nach ihm sowohl Abs. II wie Abs. VI für die Eigentümergrundschuld zuzutreffen scheinen. Da aber die für die Entstehung des Pfändungspfandrechts zu erfordernden Voraussetzungen verschieden sind, je nachdem man Abs. II oder Abs. VI anwendet, so kann nur entweder Abs. II oder Abs. VI anwendbar sein.

Auch die Stellung der beiden Vorschriften zueinander gibt darüber, welche anzuwenden ist, keinen Aufschluß; insbesondere steht Abs. VI zu Abs. II nicht in dem Verhältnis einer lex specialis zu einer lex generalis.[5]) Abs. VI könnte nur dann lex specialis zu Abs. II sein, wenn Abs. II für sämtliche Fälle des Abs. VI, also auch für die gewöhnlichen Grundschulden zutreffen würde. Das ist aber nicht der Fall, da bei letzteren ein Drittschuldner regelmäßig vorhanden ist.

Die Vertreter der Ansicht,[6]) die den § 857 Abs. II ZPO. auf die Pfändung der Eigentümergrundschuld anwendbar halten, stützen sich besonders darauf, daß für § 857 Abs. VI ZPO. nur ein „formales Argument" spreche. Die Eigentümergrundschuld werde vom Gesetz zwar Grundschuld genannt, § 1177 Abs. I BGB., in Wahrheit sei sie aber keine Grundschuld.

Da der Begriff der Eigentümergrundschuld im S. der ZPO. mit dem materiellrechtlichen übereinstimmt,[7]) so hängt die Entscheidung von der Vorfrage ab, ob die Eigentümergrundschuld eine echte Grundschuld im S. des BGB. ist.

---

[5]) Hauß, S. 33.

[6]) Stein-Jonas § 857 II, 6; Förster-Kann Erl. 5 A zu § 857; Oberneck in Gruch. 50/551 ff.; Freudenthal in J. W. 1904/602 OLG. Celle, OLGE. 4/75.

[7]) Denn § 857 Abs. VI ist erst beim Inkrafttreten des BGB. eingefügt worden, um den Inhalt der ZPO. mit dem des BGB. in Einklang zu bringen.

Nach einer vor allem von Oberneck[8]) vertretenen Ansicht ist die Eigentümergrundschuld ein Stück unbelastetes Eigentum. Diese Ansicht geht davon aus, daß, wenn eine Grundschuld mit einer Hypothek belastet ist, nicht das ganze Grundstück für diese hafte, sondern nur ein ideeller Teil, eine „Wertparzelle". Wenn nun der Hypothekar befriedigt werde und so eine Eigentümergrundschuld entstehe, so stehe diese Wertparzelle wieder zur freien Verfügung des Grundstückseigentümers. Das Eigentum sei von einer Belastung frei geworden. Die Eigentümergrundschuld sei kein selbständiges Recht, sie trete nur äußerlich als selbständige Grundstücksbelastung auf.

Begründet wird diese Ansicht namentlich mit § 1197 BGB., wonach der Inhaber der Eigentümergrundschuld nicht die Zwangsvollstreckung in das Grundstück betreiben kann. Damit mangele es der Eigentümergrundschuld an einem Begriffsmerkmal eines Pfandrechts. Diese Begründung ist indessen nicht stichhaltig; denn § 1197 BGB. ist für einen ganz speziellen wirtschaftlichen Zweck geschaffen[9]) und kann daher zur Erklärung des Wesens der Eigentümergrundschuld nicht herangezogen werden.[10]) Auch ist das Verwertungsrecht, d. h. das Recht, die Zwangsvollstreckung zu betreiben, nicht begriffsnotwendig mit dem Pfandrecht verbunden. So kann der nichtbesitzende, nachstehende Fahrnispfandgläubiger gemäß § 1232 S. 1 BGB. das ihm zustehende Verwertungsrecht der Pfandveräußerung nicht ausüben, weil er keinen Anspruch auf Herausgabe des Pfandes gegen den vorstehenden Pfandgläubiger hat.[11]) Zweifellos und unbestritten ist er aber ein echter Pfandgläubiger.

Die von Oberneck vertretene Ansicht läßt sich auch deshalb nicht halten, weil der Ausgangspunkt nicht richtig ist.

---

[8]) Oberneck, Reichsgrundbuchrecht S. 23 ff. Nach Gierke (Sachenrecht, S. 134) ist die Eigentümergrundschuld subjektiv Eigentum, objektiv jedoch ein dem Eigentum gegenüber verselbständigtes, beschränktes dingliches Recht; Stein-Jonas (a. a. O.) nennt die Eigentümergrundschuld eine „Denkform" für das Recht des Eigentümers, andere von der Berechtigung an seiner eigenen Sache auszuschließen. Nach Bruck (S. 130 ff.) ist die Eigentümergrundschuld „die Zurückgewinnung eines ideellen Wertteiles des Grundstückes, der gehaftet hatte".

[9]) Wolff § 146 I, 1: Durch § 1197 soll verhütet werden, daß der Eigentümer durch Ausnutzung einer schlechten Bodenpreiskonjunktur sein Grundstück von den nachstehenden Lasten reinigt, indem er selbst es so billig ersteht, daß diese ausfallen.

[10]) Hauß, S. 9.

[11]) Jung in Bürg. R. S. 990.

Wenn ein Grundstück mit einer Hypothek belastet ist, so haftet dem Hypothekar nicht nur eine Wertparzelle, sondern das ganze Grundstück. Dieses wird aber auch nicht durch Befriedigung des Hypothekars von der Haftung frei, sondern es haftet nunmehr dem Inhaber der Eigentümergrundschuld.[12])

Weiter spricht gegen die Auffassung, daß die Eigentümergrundschuld ein Stück unbelastetes Eigentum sei, folgende Erwägung: Wird eine Eigentümergrundschuld auf einen Dritten übertragen, so ist Gegenstand des Rechtsverkehrs nicht Eigentum, sondern eine Grundschuld, § 1177 Abs. I BGB. Dann aber muß dieses Recht auch vorher schon diese Eigenschaft gehabt haben; denn das Gesetz sagt nichts von einer Umwandlung.[13])

Auch ist es vom Standpunkt dieser Lehre aus unerklärlich, daß bei der Veräußerung des Grundstücks und in der Zwangsversteigerung durch Zuschlag die Eigentümergrundschuld nicht mit übergeht, was sie doch als ein Stück des Eigentums müßte.

Die Eigentümergrundschuld kann daher nur ein begrenztes dingliches Recht, ein Grundpfandrecht sein. Die Besonderheit dieses Grundpfandrechts besteht darin, daß das Subjekt dieses Rechts mit dem Eigentümer identisch ist. Doch spricht die Identität des Eigentümers mit dem Pfandgläubiger nicht gegen die Natur eines Pfandrechts; denn § 889 BGB. läßt ausdrücklich für den Fall der Identität zwischen Pfandgläubiger und Eigentümer das Pfandrecht weiterbestehen.

Auch mit dem Grundsatz der Totalität des Eigentums ist die begriffliche Möglichkeit eines Pfandrechts an eigener Sache vereinbar. Aus dem Begriff des Eigentums als dem höchstmöglichen Herrschaftsrecht geht nur hervor, daß die Eigentümergrundschuld keinen Inhalt haben kann, der nicht schon im Eigentum enthalten ist.[14]) Der Eigentümer wird aber durch die Eigentümergrundschuld in die Lage versetzt, einen bestimmten Teil seines Eigentums, nämlich das Recht auf eine bestimmte Quote in der Zwangsversteigerung, zu verselbständigen und diesem Recht eine bestimmte Rangstelle unter den anderen Belastungen zuzuweisen. Der Eigentümer geht mit diesem in die Form der Eigentümergrundschuld gekleideten Teil seines Eigentums den Inhabern im Rang nachstehender Rechte vor, während sie ihn ohne das Vorhandensein der Eigentümergrundschuld auch mit diesem Teil seines Eigentums auf die letzte Stelle verweisen würden.

[12]) RGZ. 60/254.

[13]) Kiehl, Gruch. 55/844.

[14]) Hauß, S. 6.

Damit aber entfallen endgültig die Bedenken, die gegen die Natur der Eigentümergrundschuld als eines Pfandrechts sprechen könnten.

Die Eigentümergrundschuld ist vielmehr als echtes Grundpfandrecht und zwar, da ihr eine Forderung nicht zugrundeliegt, als Grundschuld, § 1191 BGB., anzusehen. Die Rechtsnatur der Eigentümergrundschuld spricht daher nicht gegen die Anwendbarkeit des § 857 Abs. VI ZPO., sondern vielmehr gerade dafür.

Die die Anwendbarkeit des § 857 Abs. II vertretende Lehre begründet ihre Ansicht ferner damit, daß der gesetzgeberische Grund für die Anwendung des Abs. VI auf die Eigentümergrundschuld nicht zutreffe.[15]) Die in Abs. VI genannten Rechte seien sonst ausschließlich e i n g e t r a g e n e Rechte an f r e m d e r Sache, der kraft Gesetzes entstehenden Eigentümergrundschuld fehlten aber diese beiden Eigenschaften.

Ob diese Lehre recht hat, muß ein Vergleich der Eigentümergrundschuld mit der gewöhnlichen Grundschuld zeigen, die ausdrücklich in Abs. VI genannt ist. Es lassen sich dabei folgende Unterschiede feststellen.

Die Eigentümergrundschuld ist im Gegensatz zur gewöhnlichen Grundschuld ein Recht an eigener Sache. Ihr fehlt daher ein von der Person des Gläubigers verschiedener Schuldner.

Der Eigentümergrundschuld mangelt ferner das Verwertungsrecht, das Recht, die Zwangsvollstreckung zu betreiben, § 1197 BGB.

Diese Unterschiede sprechen aber nicht gegen die Anwendbarkeit des Abs. VI. Der Zweck der §§ 857 Abs. VI, 830 ZPO., Kenntlichmachung der Pfändung im Liegenschaftsrecht, trifft nämlich auch für die Eigentümergrundschuld zu; denn auch hier handelt es sich zweifellos um die Pfändung eines Rechts an einem Grundstück. Daß die Eigentümergrundschuld ein Recht an eigener Sache ist und daß ihr das Verwertungsrecht mangelt, läßt die Kenntlichmachung ihrer Pfändung nicht als entbehrlich erscheinen;[16]) denn das Grundbuch soll über alle rechtlichen Beziehungen Auskunft geben, also auch über Rechte an eigener Sache.

Auch die Verschiedenheit des Entstehungsgrundes — die Eigentümergrundschuld entsteht in der Mehrzahl der Fälle kraft Gesetzes, §§ 1163, 1177 Abs. I BGB., während die gewöhnliche Grundschuld kraft Einigung und Eintragung, § 873 BGB., ent-

---

[15]) Stein-Jonas, § 857 II, 6, S. 822.

[16]) P. Mayer, Gruch. 56/277.

steht — läßt die Anwendung des § 857 Abs. VI ZPO. nicht bedenklich erscheinen; denn nach der ZPO. ist der Entstehungsgrund eines Rechts niemals für die Art der Zwangsvollstreckung maßgebend, wohl aber die Art der Übertragbarkeit.[17])

Die Tatsache ferner, daß die Eigentümergrundschuld in der Regel nicht eingetragen ist, ist kein Grund, die Anwendbarkeit des Abs. VI zu verneinen. Auch die Eigentümergrundschuld kann eingetragen werden. Eine Unterscheidung in dem Pfändungsverfahren derart, daß die Pfändung von eingetragenen und verbrieften Eigentümergrundschulden nach Abs. VI, die Pfändung von nichteingetragenen und nichtverbrieften Eigentümergrundschulden nach Abs. II zu erfolgen hätte, würde gegen den die Zivilprozeßordnung beherrschenden Grundsatz verstoßen, daß für die Art der Zwangsvollstreckung die rechtliche Natur des zu pfändenden Gegenstands maßgebend ist.[18])

Wenn daher auch begrifflich bedeutsame Unterschiede zwischen der Eigentümergrundschuld und der gewöhnlichen Grundschuld vorhanden sind, so üben diese doch gerade in der Richtung auf die Pfändung keinerlei Wirkung aus.

Man kann daher den gesetzgeberischen Grund nicht gegen die Anwendbarkeit des § 857 Abs. VI anführen.

§ 857 Abs. II dagegen läßt sich schon deshalb nicht anwenden, weil bei der Eigentümergrundschuld, — was von der Gegenmeinung zu Unrecht verkannt wird —, ein Drittschuldner tatsächlich vorhanden ist. Der jeweilige Eigentümer des Grundstücks nämlich ist hier der Drittschuldner. Denn daß bei der Eigentümergrundschuld ein Gläubiger und ein Schuldner vorhanden ist, ergibt sich aus §§ 1197 Abs. II, 1177 Abs. I BGB., wonach der Eigentümer im Falle der Zwangsverwaltung Zinsen erhält.[19])

Bei der Eigentümergrundschuld mangelt es *nur* an einem von dem Schuldner *verschiedenen* Drittschuldner. Diese Besonderheit der Eigentümergrundschuld rechtfertigt aber nicht schon ihre Gleichbehandlung mit solchen Rechten, die überhaupt keinen Drittschuldner haben; außerdem können bei der Eigentümergrundschuld jederzeit durch Veräußerung des Grundstücks oder Abtretung der Grundschuld Schuldner und Drittschuldner auseinanderfallen.

---

[17]) P. Mayer, Gruch. 56/278.

[18]) P. Mayer, Gruch. 56/279.

[19]) Güthe-Triebel § 19 Anm. 131.

Daß vielmehr § 857 Abs. VI ZPO. die für die Pfändung von Eigentümergrundschulden anzuwendende Vorschrift ist, ergibt sich ferner auch aus der Entstehungsgeschichte; denn der Abs. VI, der beim Inkrafttreten des BGB. der ZPO. eingefügt wurde, war ursprünglich als Art. 11 im Entwurf eines EG. zum BGB. enthalten, und zwar in folgender Fassung: „Auf die Zwangsvollstreckung in eine Reallast, Grundschuld, Eigentümerhypothek oder Rentenschuld finden die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in eine Forderung, für welche eine Hypothek besteht, entsprechende Anwendung."

Hiernach würde also die Art der Pfändung eine klare gesetzliche Regelung gefunden haben. Dann aber ist das Wort „Eigentümerhypothek" gestrichen worden, weil man gemäß § 1177 BGB. die Eigentümergrundschuld als unter der Grundschuld mitinbegriffen ansah.[20])

Bei der Anwendung des Abs. VI auf die Pfändung der Eigentümergrundschuld besteht auch Übereinstimmung mit der Pfändung der Eigentümerhypothek; denn auch diese ist gemäß § 830 ZPO. zu pfänden. Letzteres wird auch nicht von den Vertretern der Ansicht bestritten, die für die Pfändung der Eigentümergrundschuld den Abs. II anwenden wollen. Diese gelangen dann aber dazu, zwischen der Pfändung der Eigentümergrundschuld und der Eigentümerhypothek einen Unterschied zu machen, der praktisch von großer Tragweite ist, indem für die Pfändung der Eigentümergrundschuld die Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Eigentümer genügen würde, während für die Pfändung einer Eigentümerhypothek Eintragung des Pfändungspfandrechtes bezw. Übergabe des Grundschuldbriefes erforderlich ist.

Dieser Unterschied in der Pfändung einer Eigentümergrundschuld von der einer Eigentümerhypothek ist aber nicht gerechtfertigt, da die sachenrechtlichen Befugnisse bei beiden Rechten die gleichen sind.[21])

Vollends aber spricht für die Anwendung des Abs. VI der Zusammenhang der Vorschriften der ZPO. über die Pfändung mit denen des BGB. über die Abtretung von Rechten; denn die Anpassung der Vorschriften der ZPO. über die Pfändung an die bürgerlichrechtlichen über die Abtretung läßt sich im ganzen Zwangsvollstreckungsrecht verfolgen.[22]) So richtet sich z. B. die

---

[20]) Prot. III BGB. S. 536, 610 ff.; RGZ. 55/378; OLGE. 6/603; OLGE. 3/198 ff.; Sächs. Arch. 11/612 f.

[21]) P. Mayer, Gruch. 56 S. 270.

[22]) P. Mayer a. a. O. S. 277; RGZ. 59/316.

Pfändbarkeit einer Forderung nach der Abtretbarkeit, § 400 BGB., § 851 Abs. I ZPO. Für die Abtretung und Pfändung einer Briefhypothek ist Übergabe des Briefes erforderlich. § 1154, § 830 ZPO.

Bei der materiellrechtlichen Abtretung von Grundpfandrechten ist mit großer Strenge das Prinzip der äußeren Kenntlichmachung des Überganges des dinglichen Rechtes eingehalten, § 1154 BGB. Dieser Zweck liegt aber auch den §§ 857 Abs. VI, 830 ZPO. zugrunde.

Es ist daher nicht einzusehen, weshalb für die Eigentümergrundschuld eine Ausnahme gelten soll. Eine solche Ausnahme hätte vielmehr einer gesetzlichen Regelung bedurft, wie sie z. B. für § 848 Abs. II, S. 2 ZPO. erfolgt ist.[23])

Es muß der Gegenmeinung zwar zugegeben werden, daß die Durchführung der Pfändung nach Abs. VI im Einzelfalle Schwierigkeiten bereiten kann. Doch kann dieser wirtschaftliche Gesichtspunkt allein nicht dazu führen, eine gesetzlich als richtig erkannte Vorschrift außer acht zu lassen.[24])

B. Die Durchführung der Pfändung.

I. Der Pfändungsbeschluß.

Steht sonach also fest, daß für die Pfändung der Eigentümergrundschuld nicht § 857 Abs. II ZPO., sondern § 857 Abs. VI ZPO. maßgebend ist, so ist nach letzterer Vorschrift außer dem Pfändungsbeschlusse bei Bucheigentümergrundschulden Eintragung der Pfändung, bei Briefeigentümergrundschulden Übergabe des Hypothekenbriefes an den Gläubiger erforderlich.

Der Pfändungsbeschluß muß das zu pfändende Recht bezeichnen und muß das Gebot an den Schuldner, sich jeder Verfügung über sein Recht zu enthalten, und das Verbot an den Drittschuldner, — der hier mit dem Schuldner identisch ist — an den Schuldner zu leisten, enthalten, §§ 830, 829 ZPO. Ob ein Leistungsverbot zu ergehen hat, ist allerdings streitig. Dieses wird nämlich von denjenigen für nicht erforderlich gehalten, die für die Pfändung der Eigentümergrundschulden den § 857 Abs. II ZPO. anwenden

---

[23]) § 848 Abs. II Satz 2 ZPO. läßt sich daher nicht als Argument für die Zulässigkeit von Ausnahmen von dem in §§ 857 Abs. VI, 830 ZPO. ausgesprochenen Grundsatze anführen. A. M. Hauß S. 36.

[24]) RGZ. 56/184.

wollen;[25]) denn indem sie das Vorhandensein eines Drittschuldners bei der Eigentümergrundschuld leugnen, müssen sie sogar die Möglichkeit eines an den Drittschuldner ergehenden Leistungsverbotes verneinen. Geht man aber von der hier vertretenen Ansicht aus, daß die Pfändung der Eigentümergrundschuld nach § 857 Abs. VI zu erfolgen hat, so ist ein solches Leistungsverbot nicht überflüssig. Ein Drittschuldner — der zwar mit dem Schuldner identisch ist — ist auch bei der Eigentümergrundschuld vorhanden.[26]) Ein Leistungsverbot an den Eigentümer als Drittschuldner erübrigt sich auch nicht aus dem Grunde, weil der Zweck, Zahlungen des Drittschuldners an den Schuldner zu verhindern, bei der Personenidentität des Drittschuldners und Schuldners nicht bestehe; denn das Leistungsverbot erhält seine Bedeutung, wenn nachträglich Eigentümer und Grundschuldgläubiger auseinanderfallen.[27]) Ein Leistungsverbot an den Drittschuldner ist daher auch bei der Pfändung der Eigentümergrundschuld erforderlich. Sein Fehlen bedeutet nicht nur eine Ungenauigkeit,[28]) sondern eine Unvollständigkeit des Pfändungsbeschlusses und führt daher zur Nichtigkeit der Pfändung.[29])

Der Pfändungsbeschluß ist gemäß § 750 ZPO. dem Eigentümer zuzustellen.[30]) Die Zustellung hat die Wirkung, daß mit ihr die Pfändung dem Drittschuldner gegenüber, der mit dem Eigentümer identisch ist, als bewirkt gilt,[31]) § 830 Abs. II ZPO. Voraussetzung hierfür ist allerdings, daß eine wirksame Pfändung nachfolgt.

II. Der Bucheintrag.

a) Die Voraussetzungen der Eintragung.

Zur Pfändung einer Bucheigentümergrundschuld ist gemäß §§ 857 Abs. VI, 830 Abs. I S. 3 ZPO. Eintragung der Pfändung im Grundbuch erforderlich. Diese Eintragung kann ohne

---

[25]) Stein-Jonas, § 857 II 6; Förster-Kann, Erl. 5 A zu § 857; Oberneck, Gruch. 50/551 ff.

[26]) vergl. oben S. 16.

[27]) P. Mayer, Gruch. 56/285.

[28]) So Falkmann S. 898.

[29]) P. Mayer a. a. O. S. 286.

[30]) Baumbach ZPO. § 830, 1 B. Stein-Jonas § 830 IV 2. Blomeyer § 17 IV, 2.

[31]) RGZ. 97/228; KGJ. 35 A 298; Oberneck, Reichsgrundbuchr. II S. 267; Hauser, S. 30.

weiteres auf Grund des Pfändungsbeschlusses dann erfolgen, wenn die Eigentümergrundschuld auf den Grundstückseigentümer umgeschrieben ist. Das ist aber gerade bei Teileigentümergrundschulden oft nicht der Fall. Für die Pfändung einer solchen noch nicht auf den Eigentümer umgeschriebenen Teileigentümergrundschuld ergeben sich Schwierigkeiten formellgrundbuchrechtlicher Natur. Der Eintragung des Pfändungspfandrechts steht nämlich § 40 Abs. I GBO. entgegen, wonach eine Eintragung nur erfolgen soll, wenn derjenige, dessen Recht durch sie betroffen wird, als Berechtigter eingetragen ist. Ob hiernach zur Eintragung der Pfändung der Teileigentümergrundschuld die Voreintragung des Eigentümers als Gläubigers der Eigentümergrundschuld erforderlich ist, ist streitig. Das Kammergericht hat in ständiger Rechtsprechung [32]) die Auffassung vertreten, daß der Grundstückseigentümer als eventuell eingetragener Inhaber der auf seinem Grundstück lastenden Eigentümergrundschulden gilt. Eine besondere Eintragung des Eigentümers als Gläubigers der Eigentümergrundschuld sei nicht notwendig, da der Grundstückseigentümer als solcher in der ersten Spalte des Grundbuchs eingetragen sei und hieraus sein Recht auf die Eigentümergrundschuld hervorgehe. In dieser Allgemeinheit wenigstens trifft die Ansicht des Kammergerichts nicht zu.

Im Falle einer durch teilweise Nichtvalutierung gemäß § 1163 Abs. I, S. 1 BGB. entstandenen Teileigentümergrundschuld kann nicht der jeweilige Eigentümer als eventuell eingetragener Inhaber angesehen werden, wenn das Grundstück inzwischen veräußert worden ist, da dann die Eigentümergrundschuld dem früheren Eigentümer als Fremdgrundschuld zusteht.

Handelt es sich aber um eine Teileigentümergrundschuld, die durch teilweise Befriedigung entstanden ist, § 1163 Abs. I, S. 2 BGB., und ist das Grundstück später veräußert worden, so kann der Erwerber auch nicht als eventuell berechtigter Inhaber der entstandenen Eigentümergrundschuld angesehen werden, denn auch in diesem Falle ist der frühere Eigentümer Gläubiger der nunmehr zur Fremdgrundschuld gewordenen Eigentümergrundschuld geblieben.

Ganz ungewiß ist endlich bei der zukünftigen Eigentümergrundschuld, in wessen Person sich der Erwerb des endgültigen Rechts vollendet, wenn inzwischen Grundstücksveräußerungen stattfinden. Für diesen Fall ist daher auch das Kammergericht von seiner Ansicht abgewichen.[33]) Das Kammergericht hält die Eintragung

---

[32]) KGJ. 20 A 193; 21 A 159; 22 A 172; 28 A 135; 33 A 274; 45 A 268 f.

[33]) KGJ. 45 A 269.

des Eigentümers als Gläubigers der neu entstandenen Eigentümergrundschuld auch dann für erforderlich, wenn der Eigentümer über sein Recht unter Umwandlung in eine Hypothek verfügt.[34]) Das Kammergericht macht diese weitere Ausnahme deshalb, weil die durch die Umwandlung der Grundschuld in eine Hypothek eingetretene Inhaltsänderung des Rechts gemäß §§ 877, 873 BGB. in das Grundbuch eingetragen werden muß, der bei der Hypothek eingetragene Vermerk einer Abtretung unter Umwandlung in eine Hypothek aber unverständlich wäre, da eine Umwandlung einer Hypothek in eine Hypothek gleicher Art nicht möglich ist. Aber auch der gesetzgeberische Zweck des § 40 Abs. I GBO., der nach der Denkschrift zur GBO.[35]) darin besteht, dem Grundbuchamte die Legitimationsprüfung zu erleichtern und den eingetragenen Berechtigten vor Verfügungen anderer zu schützen, steht zu der erwähnten Ansicht in Widerspruch; denn es würde eine Erschwerung der Legitimationsprüfung bedeuten, wenn der Grundbuchrichter festzustellen hätte, wann die Forderung entstanden ist, oder wann die Forderung erloschen ist. Der Inhaber der Eigentümergrundschuld würde ferner nicht vor Verfügungen des noch als Hypothekar Eingetragenen gesichert sein.

Die Ansicht des Kammergerichts entspricht endlich auch nicht den Bedürfnissen der Praxis; denn auch das Kammergericht fordert für die Eintragung des Pfandrechts den Nachweis der Entstehung der Eigentümergrundschuld, der in der Form des § 29 GBO. geführt werden muß. Da zur Führung dieses Nachweises mangels Vorliegen einer löschungsfähigen Quittung oder sonstiger öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Urkunden Pfändung und Überweisung des Berichtigungsanspruches erforderlich ist,[36]) so bedeutet die Ansicht des Kammergerichts für den praktisch häufigsten Fall, daß eine löschungsfähige Quittung oder sonstige öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nicht vorhanden sind, keine Vereinfachung des Pfändungsverfahrens.

Die Voreintragung des Grundstückseigentümers als Inhabers der Eigentümergrundschuld halten gleichfalls die Vertreter der Ansicht für nicht erforderlich, nach der die Eigentümergrundschuld nicht ein begrenztes dingliches Recht, sondern ein Stück unbelastetes Eigentum ist; denn danach würde das im Grundbuch eingetragene Eigentum das von der Pfändung betroffene

[34]) KG., Beschl. v. 4. Nov. 1932, abgedr. in JW. 1933, S. 2010 f. und dazu die Erläut. v. Beyer a. a. O.

[35]) Denkschrift, S. 48.

[36]) Schmidt-Ernsthausen, JW. 1933 S. 669.

Recht sein. Da dieser Ansicht jedoch nicht zugestimmt werden kann,[37]) so muß auch ihre Folgerung abgelehnt werden.

Die Eintragung des Eigentümers als Inhabers der Eigentümergrundschuld muß daher, sofern sie nicht schon vorhanden ist, herbeigeführt werden.[38]) Zur Umschreibung der Hypothek auf den Eigentümer ist Antrag und entweder Eintragungsbewilligung oder Unrichtigkeitsnachweis erforderlich, §§ 13, 19, 22 GBO. Zur Stellung des Antrags ist der Pfändungsgläubiger nach § 14 GBO. legitimiert, da er einen vollstreckbaren Titel gegen den Schuldner hat, auf Grund dessen er eine Eintragung verlangen kann, und die Zulässigkeit dieser Eintragung von der vorgängigen Berichtigung des Grundbuches abhängt.

b) Die Erlangung der zur Berichtigung notwendigen Urkunden.

Die Umschreibung kann ohne weiteres dann erfolgen, wenn der Pfändungsgläubiger mittels öffentlicher Urkunden den Unrichtigkeitsnachweis führen kann, §§ 22, 29 GBO.

Die Erlangung dieser Urkunden bietet keine Schwierigkeiten, wenn sie sich bei einer Behörde z. B. beim Grundbuchamte oder bei einem Notar befinden; denn in diesem Falle verleiht § 792 ZPO. dem Pfändungsgläubiger die Befugnis, die Erteilung der Urkunden an Stelle des Schuldners zu verlangen.

Befinden sich aber die Urkunden, was regelmäßig der Fall sein wird, im Besitz des Schuldners, so kann die Herausgabe nicht auf Grund des § 836 Abs. III ZPO. verlangt werden;[39]) denn dieser setzt einen schon gepfändeten und überwiesenen Anspruch voraus, während hier die Wegnahme erst die Pfändung und Überweisung herbeiführen soll.[40]) Der Pfändungsgläubiger ist daher auf die Pfändung und Überweisung des seinem Schuldner zustehenden Berichtigungsanspruchs angewiesen.

Befinden sich die Urkunden im Besitz eines Dritten, so wird der Pfändungsgläubiger durch die Überweisung der Eigentümergrundschuld, mit der auch der Anspruch auf Herausgabe gegen den

---

[37]) vergl. oben S. 3 f.

[38]) RGR. Komm. § 1163 A 3; Planck § 1177 Erl. 4a; P. Mayer, Gruch. 56/315 ff.

[39]) A. M.: Schmidt-Ernsthausen a. a. O., S. 669; Oberneck, Gruch. 50 S. 562.

[40]) P. Mayer, Gruch. 56/541; Hauß, S. 20.

Dritten als nach § 886 ZPO. überwiesen gilt, legitimiert, diesen Herausgabeanspruch aus dem Recht des Schuldners gegen den Dritten gerichtlich geltend zu machen.[41])

c) Die Pfändung des Berichtigungsanspruchs.

Kann der Pfändungsgläubiger den Unrichtigkeitsnachweis nicht führen, so muß er den Berichtigungsanspruch seines Schuldners pfänden und sich überweisen lassen. Voraussetzung hierfür ist die Pfändbarkeit des Berichtigungsanspruchs. Der Berichtigungsanspruch ist nur pfändbar, sofern er übertragen werden kann, § 851 Abs. I ZPO. Es muß daher zunächst untersucht werden, ob der Berichtigungsanspruch übertragbar ist.

1. Die Abtretbarkeit des Berichtigungsanspruchs.

Den Ausgangspunkt für die Frage der Übertragbarkeit des Berichtigungsanspruchs bilden die Vorschriften der §§ 398 ff. BGB. Da diese Vorschriften die Abtretung von persönlichen und dinglichen Ansprüchen regeln,[42]) so kann hier dahingestellt bleiben, ob der Berichtigungsanspruch dinglicher oder persönlicher Natur ist. Nach § 398, S. 2 BGB. tritt mit dem Abschlusse des Abtretungsvertrags der neue Gläubiger an die Stelle des bisherigen Gläubigers. Eine Abtretung des Berichtigungsanspruchs müßte daher gemäß § 398 S. 2 BGB. zur Folge haben, daß der Zedent seinen Berichtigungsanspruch mit dem Abschluß des Abtretungsvertrags verliert und daß dieser Berichtigungsanspruch nunmehr allein dem Zessionar zusteht. Die Abtretung des Berichtigungsanspruchs würde alsdann aber zu einer gemäß § 137 S. 1 BGB. unzulässigen Verfügungsbeschränkung des Zedenten über die Eigentümergrundschuld führen, da dieser dann den der Eigentümergrundschuld entspringenden Berichtigungsanspruch nicht mehr geltend machen könnte. Die Abtretung würde nicht nur eine gemäß § 137 S. 2 BGB. zulässige Verpflichtung des Zedenten bedeuten, den Berichtigungsanspruch nicht geltend zu machen; denn eine solche könnte nur obligatorische Wirkungen im Verhältnis zum Zessionar haben, würde aber nicht dem Zedenten die Möglichkeit nehmen, den Berichtigungsanspruch gegen den eingetragenen Nichtberechtigten geltend zu machen. § 398 S. 2 BGB. kann somit auf den Berichtigungsanspruch keine Anwendung finden.

---

[41]) Sydow-Busch, § 836 Erl. 6; Hauß, S. 21. RGZ. 21/364.

[42]) Die allgemeinen Vorschriften des Schuldrechts finden auch auf die dinglichen Ansprüche Anwendung; das geht aus § 990 Abs. II BGB. und aus § 255 BGB. hervor.

Daß der Berichtigungsanspruch nicht abtretbar sein kann, geht auch aus seiner unselbständigen Natur hervor. Der Berichtigungsanspruch entsteht mit der Verletzung des dinglichen Rechts. Ist er einmal entstanden, so steht er dem Inhaber des dinglichen Rechts zu, solange die Verletzung währt. Der Inhaber des dinglichen Rechts kann sich des Berichtigungsanspruchs nicht entäußern; denn sonst könnte der Zessionar, indem er den Berichtigungsanspruch nicht ausübt oder durch einen Vertrag mit dem Berichtigungsschuldner aufhebt, die Unrichtigkeit des Grundbuchs verewigen.[43]) Das will aber der Gesetzgeber gerade vermeiden, § 898 BGB.

Aber auch § 407 BGB. kann für den Berichtigungsanspruch nicht zutreffen;[44]) denn da trotz der Abtretung für den Zedenten immer noch die Voraussetzungen des § 894 BGB. vorliegen, so bleibt er auch Gläubiger des Berichtigungsanspruchs und der Schuldner muß daher in jedem Falle durch Leistung an ihn frei werden, ohne daß es auf seine Kenntnis von der Abtretung ankommen könnte.

Gleichwohl wird die Abtretbarkeit des Berichtigungsanspruchs von vielen bejaht, und zwar geht die eine Meinung dahin, daß der Zessionar Zustimmung zur Eintragung auf seinen Namen verlangen kann,[45]) während nach einer anderen Ansicht die Abtretung des Berichtigungsanspruchs dem Zessionar nur einen Anspruch auf Zustimmung zur Eintragung des Zedenten verschafft.[46]) Die erstgenannte Ansicht wird einmal damit begründet, daß das Gesetz selbst die dinglichen Ansprüche für abtretbar halte, was aus § 931 BGB. und § 255 BGB. hervorgehe;[47]) dann aber würden auch durch eine solche Vollzession die Interessen des Drittschuldners nicht geschädigt. Damit entfalle aber das aus dem Verbot der Inhaltsänderung der Leistung, § 399 BGB., gegen eine Abtretung mit dieser Wirkung sich ergebende Bedenken.[48]) Diese Gründe sind indessen nicht stichhaltig. In der Vorschrift des § 931 BGB. ver-

---

[43]) von Tuhr, die unwiderrufliche Vollmacht, S. 85.

[44]) von Tuhr a. a. O.

[45]) So Heck, Sachenrecht, S. 170/71; ferner unter der Voraussetzung, daß das dingliche Recht mit abgetreten wird: RGZ. 59/318, 62/328 und OLG. Braunschweig in OLGE. 15/340; Dernburg, III § 119 Nr. 1; Goldmann in Gruch. 62/506 ff.; Oberneck I, S. 424; Liepmann, S. 43.

[46]) Goldmann-Lilienthal, S. 318; L. Goldmann, Gruch. 62/512; Rosenberg, BGB. § 894 VII 1b.

[44]) von Tuhr a. a. O.

[48]) Heck, Sachenrecht, S. 171.

mittelt die Abtretung des dinglichen Herausgabeanspruchs die Übertragung des Eigentums. Aus dieser Bestimmung kann daher die selbständige Abtretbarkeit dinglicher Ansprüche ohne Übergang des dinglichen Rechts nicht gefolgert werden.[49])

Aber auch die Interessen des Berichtigungsschuldners bleiben durch eine Vollzession nicht immer unberührt. Zwar wird, wenn für den Zessionar des Berichtigungsanspruchs zum Erwerbe des dinglichen Rechtes nur noch seine Eintragung erforderlich ist, es dem Schuldner des Berichtigungsanspruchs gleichgültig sein, ob er diesem seine Zustimmung zur Berichtigung erteilt oder dem Zedenten, da in beiden Fällen das Grundbuch richtig wird und er von seiner Verpflichtung befreit wird.[50]) Wenn aber das Grundbuch durch Eintragung nicht richtig wird, weil es an einer Voraussetzung für den Erwerb des dinglichen Rechts mangelt, so würde der Berichtigungsschuldner gezwungen werden, eine rechtlich bedeutungslose Erklärung abzugeben, ohne von seiner Verbindlichkeit befreit zu werden.[51])

Gegen die Abtretbarkeit i. S. einer Vollzession ergeben sich ferner aus dem Wortlaut des § 894 BGB. Bedenken; denn hiernach ist nur der Inhaber eines dinglichen Rechts aktiv legitimiert. Durch eine Vollzession würde aber der Zessionar, ohne daß diese Voraussetzung in seiner Person erfüllt wäre, die Aktivlegitimation erhalten.[52])

Die Abtretbarkeit des Berichtigungsanspruchs mit der Wirkung, daß der Zessionar seine eigene Eintragung verlangen kann, würde ferner gegen die Vorschrift des § 40 GBO. verstoßen; denn danach dürfte die Eintragung des Zessionars nur erfolgen, wenn der Zedent eingetragen ist. Nun wird zwar vielfach dann, wenn ein nichteingetragener Eigentümer sein Grundstück einem anderen aufgelassen hat, die Voreintragung des Eigentümers für nicht notwendig erachtet,[53]) indem man entweder eine weite Auslegung des § 40 GBO. zuläßt, oder den § 41 GBO. analog anwendet. Diese Ansicht hat zwar den Vorzug der Kürze und Einfachheit,[54]) sie läßt sich aber mit dem Gesetze nicht vereinbaren. § 40 GBO. bezweckt, daß der Rechtsstand des Grundbuchs nicht bloß im

---

[49]) Hirsch, S. 309.

[50]) Heck a. a. O., S. 171.

[51]) Goldmann a. a. O., S. 510.

[52]) Du Chesne, ZBlFG. 13/143.

[53]) Förster im „Recht“ 1904/91 Nr. 3; Güthe-Triebel, § 40 Anm. 11; Predari, Gruch. 62/552; Wolff, § 46 Anm. 25.

[54]) Güthe-Triebel, § 40 Anm. 11.

Endergebnis richtig, sondern auch in allen Entwicklungsstufen klar und verständlich wiedergegeben wird. Zur Klarheit und Verständlichkeit gehört aber auch die Vollständigkeit der Eintragungen.[55])

Eine Abtretung des Berichtigungsanspruchs mit der Wirkung, daß der Zessionar Zustimmung zu seiner eigenen Eintragung verlangen kann, wäre schließlich unvereinbar mit dem Zweck des Berichtigungsanspruchs; denn der Berichtigungsanspruch dient der Richtigstellung des Grundbuchs. Würde aber der Zessionar, ohne Inhaber des dinglichen Rechtes zu sein, eingetragen, so würde das Grundbuch unrichtig bleiben. Der Berichtigungsanspruch ist daher nicht mit der Wirkung abtretbar, daß der Zessionar seine eigene Eintragung verlangen kann.

Eine Übertragung des Berichtigungsanspruchs kann vielmehr nur in dem Sinne denkbar sein, daß der dinglich Berechtigte Gläubiger des Berichtigungsanspruches bleibt und daß der Berichtigungsanspruch auch in der Hand des Erwerbers der Berichtigung des Grundbuchs dient, dieser also nur Eintragung des Zedenten verlangen kann.

Ob eine derartige Übertragung des Berichtigungsanspruchs juristisch als Abtretung mit „abgeschwächter Wirkung"[56]) oder mit der herrschenden Lehre als „Ermächtigung" aufzufassen ist, könnte dahin gestellt bleiben, wenn es sich nur um einen Streit über die Terminologie handelte. Der Streit hat aber auch praktische Bedeutung. Nimmt man nämlich an, daß in einer Abtretung des Berichtigungsanspruchs nur eine Ermächtigung des „Zessionars" zu erblicken ist, den Berichtigungsanspruch im eigenen Namen geltend zu machen, so kann dem Ermächtigten nach der herrschenden Lehre nur dann ein Klagerecht gewährt werden, wenn er ein besonderes Rechtsschutzinteresse nachweisen kann, da er ein fremdes Recht im eigenen Namen geltend macht.[57]) Dies brauchte er, wenn es sich um eine wirkliche Abtretung handelte, nicht erst darzutun.

Daß eine Abtretung eines Anspruchs mit der Wirkung, daß der Zessionar nur Leistung an den Zedenten verlangen kann, nach geltendem Rechte überhaupt möglich ist, ergibt sich aus

[55]) RGZ. 133/279 ff., bes. S. 283/84.

[56]) Siméon-David II, § 90 Ziff. 5; Oertmann II, 1 § 399 Erl. 1; Hein, Hdb. II S. 218; Hellwig, System I S. 175; L. Goldmann, Gruch. 62/506; Förster, Recht 04/91; Krückmann, ZBlFG. 15/378; Oberneck I, S. 424; Rosenberg, § 894 VII 1b S. 462; Wolf in LZ. 15/1652 Anm. 3.

[57]) Förster-Kann, ZPO. Bem. 2c vor § 50; H. Hellwig, Gruch. 55/610; K. Hellwig, System § 72 II.

§ 328 BGB.; denn da das Gesetz hier die Begründung von Forderungen auf Leistung an Dritte zuläßt, so muß ein solches Rechtsverhältnis auch durch Zession hergestellt werden können.[58]) Auch widerspricht es nicht dem Wesen der Abtretung, daß der Zessionar nur Leistung an den Zedenten verlangen kann.[59]) Im Gegenteil, eine Abtretung mit dieser Wirkung ist gerade eine besonders reine Form der Abtretung, da hier eine Veränderung des Leistungsinhalts, die bei fast jeder anderen Abtretung allein dadurch schon hervorgerufen wird, daß ein neuer Gläubiger eintritt, nicht erfolgt.[60])

Bedenklich aber ist, ob auch der Berichtigungsanspruch mit abgeschwächter Wirkung abtretbar ist. Auch eine Abtretung mit abgeschwächter Wirkung muß sich nach den Vorschriften der §§ 398 ff. BGB. richten.

Da aber der dinglich Berechtigte durch die Abtretung des Berichtigungsanspruchs seine Gläubigerstellung nicht verlieren darf, weil sonst die Abtretung auf eine nach § 137 Satz 1 BGB. unzulässige Verfügungsbeschränkung hinauslaufen würde, können die §§ 398 Satz 2 und 407 BGB. auf die Abtretung des Berichtigungsanspruchs keine Anwendung finden.

Auch die unselbständige Natur des Berichtigungsanspruchs läßt eine Abtretung mit abgeschwächter Wirkung nicht zu. Mit dem Untergang des dinglichen Rechts erlischt nämlich auch der Berichtigungsanspruch. Würde daher der Berichtigungsanspruch abgetreten, so würde der Zessionar kein selbständiges Recht erwerben: sein Recht würde immer von dem Bestande des ihm gar nicht zustehenden dinglichen Rechts abhängen. Die Selbständigkeit des Anspruchs ist aber für die Abtretung begrifflich notwendig; denn wenn der „Zessionar" den ihm „abgetretenen" Anspruch verliert, ohne daß die Leistung bewirkt ist, die er auf Grund des erworbenen Rechts verlangen konnte, nur weil ein anderes Recht — das dem Berichtigungsanspruch zugrunde liegende — untergeht, so läßt sich von einer Abtretung nicht mehr sprechen.[61])

Einen Ersatz für die nicht zulässige Abtretung des Berichtigungsanspruchs hat man in der Erteilung einer „unwiderruflichen Vollmacht" zur Geltendmachung des Berichtigungsanspruchs gesehen.[62]) Diese soll dann erteilt werden können, wenn der Be-

[58]) von Tuhr, Unwiderrufliche Vollmacht, S. 85.

[59]) von Tuhr a. a. O.

[60]) Krückmann, ZBlFG. 15/378.

[61]) Hoffmeister, S. 77.

[62]) von Tuhr a. a. O., S. 86.

vollmächtigte an der Ausübung der Vollmacht ein Interesse hat, das dem des Vollmachtgebers gleichwertig ist. Gegen die Annahme einer unwiderruflichen Vollmacht ergeben sich indessen Bedenken, wenn die Parteien eine „Abtretung" vereinbart haben. Eine Bevollmächtigung des „Zessionars", den Berichtigungsanspruch im Namen des „Zedenten" geltend zu machen, würde dann nämlich dem Willen der Parteien kaum entsprechen;[63]) denn da der Bevollmächtigte im fremden Namen handelt, so könnte er den Berichtigungsanspruch gerichtlich nur geltend machen, wenn er als Vertreter des Vollmachtgebers auftritt. Dieser würde, ohne vielleicht überhaupt Interesse an der Durchsetzung des Berichtigungsanspruchs zu haben, gezwungenermaßen Partei und müßte im Falle des Unterliegens die Kosten tragen. Das will aber der „Zedent" gerade nicht, wenn er den Berichtigungsanspruch „abtritt". Bei dieser Verschiedenheit in der Auswirkung läßt sich daher eine von den Parteien vorgenommene Abtretung nicht als eine Bevollmächtigung des „Zessionars", den Berichtigungsanspruch im Namen des „Zedenten" geltend zu machen, auslegen.

Diese Bedenken bestehen nicht, wenn man eine Ermächtigung[64]) des Zessionars, den Berichtigungsanspruch im eigenen Namen geltend zu machen, annimmt.

Die Zulässigkeit einer Ermächtigung zur Geltendmachung des Berechtigungsanspruchs ergibt sich aus dem Grundsatz der Überlassung der Rechtsausübung.[65]) Das Gesetz unterscheidet allgemein zwischen dem Zustehen eines Rechts und seiner Ausübung.[66]) So sagt § 552 BGB., daß der Mieter an der A u s ü b u n g des ihm zustehenden Gebrauchs r e c h t s verhindert ist. Auch an anderen Stellen läßt sich diese Unterscheidung feststellen: BGB. §§ 200, 322 S. 1, 502, 513, 544, 555, 860, 900 Abs. II, 988; 1678, 1684, 1685. Jagdrecht und Jagdausübungsrecht. HGB. §§ 171 II, 217 I, 225 I.

---

[63]) Wagener, S. 41.

[64]) RGZ. 59/294; 64/169; 78/90; 112/265; RG. in JW. 1911/280; 1922/218; 1932/1207; RG. in Gruch. 62/383 ff.; 65/724; Warn. 1922 Nr. 15. KG. 47/169; Ludewig, § 26 S. 111; Wolff, § 46 VI; Soergel, Erl. IV zu § 894; Warneyer, Erl. V zu § 894; Herold, ZBlFG. 8/347 f.; Predari, S. 86 f.; Mende in Jher. J. 70/160 ff.; Cosack-Mitteis II, 1 § 28 II, 2 d; Staudinger-Kober, Erl. IVa; Kiehl, Gruch. 55/847 f.; RGR.-Komm. Erl. II zu § 894; Nußbaum, Hypothekenwesen, S. 38; Güthe-Triebel, § 14 Erl. 29 Abs. 2.

[65]) Hirsch I, S. 170 ff.

[66]) Ludewig, S. 33 ff.

Daß die bloße Ausübung eines Rechts ohne Übergang des Rechts selbst einem anderen überlassen werden kann, läßt sich a majore ad minus aus dem Grundsatz der Übertragbarkeit der Rechte folgern. Daß die Überlassung der Rechtsausübung insbesondere für die nicht übertragbaren Rechte zulässig ist, ergibt sich aus mehreren Einzelbestimmungen, die die Überlaßbarkeit unübertragbarer Rechte zur Ausübung ausdrücklich anordnen. So sind gemäß §§ 1059, 1092 BGB. der Nießbrauch und die beschränkt persönlichen Dienstbarkeiten nicht übertragbar, wohl aber der Ausübung nach überlaßbar. Ferner setzt § 857 Abs. III ZPO. ganz allgemein voraus, daß nichtübertragbare Rechte der Ausübung nach überlassen werden können. Es läßt sich daher dem geltenden Recht der Grundsatz entnehmen, daß, sofern nicht die Überlaßbarkeit besonders ausgeschlossen ist, wie in der allerdings nachgiebigen Vorschrift des § 38 Satz 2 BGB, alle Rechte der Ausübung nach überlassen werden können.[67]) Der Ausübungsberechtigte erlangt durch die Überlassung ein Recht zur Ausübung. Dieses ist schwächer als das des Berechtigten, denn es ist von letzterem abhängig. Auch ist das Recht des zur Ausübung Berechtigten nicht ausschließlich; dieser tritt nicht an die Stelle des Überlassenden, sondern neben ihn. Eine solche Überlassung zur Ausübung hat eine „rechtsvervielfältigende" Wirkung.[68])

Die Vollzugsform für die Überlassung zur Rechtsausübung, das „Überlassungsgeschäft", findet seine gesetzliche Grundlage im § 185 BGB., wonach einem anderen durch Einwilligung im voraus die Befugnis verliehen werden kann, im eigenen Namen über ein Recht des Einwilligenden rechtsgeschäftlich zu verfügen (Ermächtigung).

Auch der Berichtigungsanspruch kann daher einem anderen durch Ermächtigung zur Ausübung überlassen werden.[69]) Da beim Berichtigungsanspruch die Ausübung gerade in der Geltendmachung des Berichtigungsanspruchs besteht, so kann der zur Ausübung Ermächtigte den Berichtigungsanspruch im eigenen Namen geltend machen.

Zusammenfassend läßt sich also folgendes Ergebnis feststellen. Der Berichtigungsanspruch ist nicht abtretbar. Die mangelnde Abtretbarkeit wird aber praktisch durch die Möglichkeit einer Ermächtigung zur Geltendmachung des Berichtigungsanspruchs ersetzt.

---

[67]) Ludewig, S. 34.

[68]) Hirsch, S. 175.

[69]) Ludewig, S. 109 ff.; Hirsch, S. 312.

2. Die Pfändbarkeit des Berichtigungsanspruchs.

Fehlt es somit zwar an dem für die Pfändbarkeit des Berichtigungsanspruchs notwendigen Erfordernis seiner Übertragbarkeit, § 851 I ZPO., so erhebt sich die Frage, ob nicht dennoch die Zulässigkeit der Ermächtigung zur Geltendmachung des Berichtigungsanspruchs seine Pfändbarkeit begründen kann. Die Pfändung des Berichtigungsanspruchs kann sich, da dieser weder zu den Forderungen, §§ 829 ff. ZPO., noch zu den „Ansprüchen auf Herausgabe oder Leistung körperlicher Sachen", §§ 846 ff. ZPO., gehört und auch nicht Gegenstand der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen ist, nur nach § 857 ZPO. richten. Diese Vorschrift handelt von der „Zwangsvollstreckung in andere Vermögensrechte, welche nicht Gegenstand der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen sind". Der Berichtigungsanspruch ist ein Vermögensrecht, wenn er einen wirtschaftlichen Wert hat.[70]) Dies ist zu bejahen; denn eine Pfändung in eine nichteingetragene Eigentümerbuchgrundschuld ohne Pfändung des Berichtigungsanspruchs ist gar nicht durchführbar. Nicht dagegen ist erforderlich, daß der Berichtigungsanspruch in der Zwangsvollstreckung in Geld umsetzbar ist und unmittelbar zur Befriedigung des Gläubigers wegen einer Geldforderung dient.[71]) Das geht aus § 848 ZPO. hervor, der ausdrücklich die Pfändung von Ansprüchen auf Herausgabe unbeweglicher Sachen zuläßt, bei der der Gläubiger auch erst durch eine zweite, neue, selbständige Zwangsvollstreckung, § 848 Abs. III ZPO., befriedigt wird. Auch die Pfändung des Berichtigungsanspruchs führt aber mittelbar zur Befriedigung des Gläubigers, indem durch sie die Eintragung des Vollstreckungsschuldners ermöglicht und damit eine Voraussetzung für die Zwangsvollstreckung in das dingliche Recht geschaffen wird.

Für die Pfändung des Berichtigungsanspruchs kommen Abs. I und Abs. III des § 857 in Betracht.

Dagegen ist die Ansicht abzulehnen, daß die Pfändung des Berichtigungsanspruchs gemäß § 851 Abs. II ZPO. zu erfolgen hat;[72]) denn es ist nicht angängig, das dem Berichtigungsanspruch zugrunde liegende dingliche Recht als den „geschuldeten Gegenstand" zu bezeichnen. Geschuldet wird vielmehr nur die Zustimmung zu der Berichtigung des Grundbuchs. Diese ist aber kein der Pfändung unterworfener Gegenstand.

---

[70]) Vallhausen, S. 49.

[71]) Stein=Jonas, § 857 I, 2.

[72]) So Kretschmar I, § 899 V, 5.

Die Anwendbarkeit des § 857 Abs. I setzt voraus, daß der Berichtigungsanspruch übertragbar ist; denn der § 851 ZPO. gilt auch für die in § 857 Abs. I genannten Rechte.[73]) Daß aber der Berichtigungsanspruch nicht übertragen werden kann, ist oben angenommen.[74])

Die Pfändung des Berichtigungsanspruchs kann sich, da dieser nur der Ausübung nach überlassen werden kann, nur nach § 857 Abs. III ZPO. richten, wonach ein unveräußerliches Recht der Pfändung insoweit unterworfen ist, als die Ausübung einem anderen überlassen werden kann. Der Berichtigungsanspruch ist unveräußerlich; denn er ist nicht übertragbar. Ob der Berichtigungsanspruch ein Recht im Sinne des § 857 Abs. III ist, ist allerdings streitig. Es wird die Ansicht vertreten, daß der § 857 Abs. III nur auf den Nießbrauch und die beschränkt persönlichen Dienstbarkeiten Anwendung finde.[75]) Dem kann indessen nicht beigestimmt werden. Daß unter § 857 Abs. III auch andere als diese Rechte fallen, geht aus § 857 Abs. IV S. 2 hervor. Nach Abs. IV S. 2 kann nämlich das Gericht insbesondere bei der Zwangsvollstreckung in Nutzungsrechte eine Verwaltung anordnen. Da sich Abs. IV auf die in Abs. III genannten Rechte bezieht, so ist daraus zu entnehmen, daß nicht alle die in Abs. III genannten Rechte Nutzungsrechte sind. Also müssen unter Abs. III auch andere Rechte als Nießbrauch und beschränkt persönliche Dienstbarkeiten, die reine Nutzungsrechte sind, fallen.[76])

Die Pfändung des Berichtigungsanspruchs hat daher gemäß § 857 Abs. III zu erfolgen. Zulässig ist sie aber nur als Hilfspfändung d. h., sofern sie zum Zwecke der Pfändung des dinglichen Rechts erfolgt.[77])

Nach richtiger Ansicht kann die Pfändung des Berichtigungsanspruchs auch wirksam werden, bevor das Pfandrecht an der Eigentümergrundschuld zur Entstehung gelangt ist; denn wollte man die Wirksamkeit der Pfändung des Berichtigungsanspruchs

---

[73]) Für die Anwendbarkeit des § 857 Abs. I sind naturgemäß die Schriftsteller, die die Übertragbarkeit bejahen: Dernburg III/169, 170; Oberneck, Reichsgrundbuchr. I/424.

[74]) vergl. oben S. 13 ff.

[75]) So P. Mayer in Gruch. 56/536 Anm. 108; Mende in Jher. J. 70/166; nicht dagegen das RG. in Gruch.; 54/944; denn das RG. führt hier den Nießbrauch und die beschränkt persönl. Dienstbarkeiten nur als Beispiele an, vergl. Ballhausen, S. 52.

[76]) Ballhausen, S. 52.

[77]) Stein-Jonas, § 857 I, 1; II 6c.

von der Wirksamkeit des dinglichen Rechts abhängig machen,[78]) so könnte die Pfändung des Berichtigungsanspruchs niemals wirksam werden, da zur Pfändung der Eigentümergrundschuld ein wirksam gepfändeter Berichtigungsanspruch erforderlich ist.[79])

Die Überweisung des Berichtigungsanspruchs ersetzt gemäß § 836 Abs. I ZPO. die Erteilung der Ermächtigung zur Geltendmachung des Berichtigungsanspruchs; der Pfändungsgläubiger kann daher von dem Buchberechtigten Zustimmung zur Eintragung des Grundstückseigentümers verlangen.

3. Die gerichtliche Geltendmachung des Berichtigungsanspruchs durch den Pfändungsgläubiger.

Ob der Pfändungsgläubiger durch die Überweisung des Berichtigungsanspruchs auch zur gerichtlichen Geltendmachung berechtigt wird, hängt davon ab, ob er ein besonderes Rechtsschutzinteresse an der Eintragung des Grundstückseigentümers hat.

Aus der Ermächtigung zur Geltendmachung des Berichtigungsanspruchs, deren Erteilung durch den Überweisungsbeschluß ersetzt worden ist, läßt sich nicht ohne weiteres die Befugnis zur gerichtlichen Geltendmachung entnehmen; denn die Ermächtigung gibt gemäß § 185 BGB. dem Ermächtigten nur die Befugnis, rechtsgeschäftlich über ein Recht des Ermächtigenden zu verfügen. Die Prozeßführung ist aber keine Verfügung. Nun kann zwar auch die Prozeßführung zu einer Verfügung führen z. B. durch ein zusprechendes Urteil, und eine analoge Anwendung des § 185 auf die Prozeßführung wäre daher geboten, wenn eine Ermächtigung zur gerichtlichen Geltendmachung des Berichtigungsanspruchs mit den Vorschriften der Zivilprozeßordnung vereinbar wäre.

Eine Ermächtigung eines Dritten zur Prozeßführung im eigenen Namen ohne Übertragung des materiellen Rechts, eine „gewillkürte Prozeßstandschaft", bedeutet jedoch eine unnatürliche Zerreißung des materiellen Rechts und seiner prozessualen Geltendmachung.[80])

Auf § 1282 BGB., wonach der Pfändungsgläubiger zur Einziehung der verpfändeten Forderung berechtigt ist, und auf §§ 835, 836 ZPO., wonach der Pfändungsgläubiger durch den

---

[78]) So Endemann, § 63, 15; Turnau-Förster II, 11 zu § 894; Herold, ZBlFG. 8/248; RG., E. v. 6. II. 07 in ZBlFG. 8/248.

[79]) Güthe in Seuff. Bl. f. RA. 76 S. 616.

[80]) RGZ. 57/92; 66/418; 91/393.

Überweisungsbeschluß zur Einziehung der gepfändeten Forderung ermächtigt wird, läßt sich die Prozeßführungsermächtigung nicht stützen, da der Forderungspfandgläubiger und der Pfändungspfandgläubiger ein eigenes Recht, nämlich das an der Forderung entstandene Pfandrecht geltend machen.[81])

Vor allem ergeben sich aber aus der prozessualen Stellung des Schuldners des Berichtigungsanspruchs Bedenken gegen die Prozeßführungsbefugnis des Ermächtigten.

Bei Zulassung der Prozeßermächtigung würde dem Berichtigungsschuldner die Möglichkeit genommen werden, Widerklage gegen den dinglich Berechtigten zu erheben, was ihm sonst unter Umständen möglich gewesen wäre.[82])

Ferner aber besteht für den Berichtigungsschuldner die Gefahr, im Falle seines Obsiegens nicht die Kosten von dem Ermächtigten eintreiben zu können, wenn dieser mittellos ist. Allerdings hat er immer noch die Möglichkeit, die Forderung des Ermächtigten gegen den dinglich Berechtigten zu pfänden.[83])

Diese aus der Verschlechterung der prozessualen Stellung des Berichtigungsschuldners sich ergebenden Bedenken lassen sich auch nicht dadurch zerstreuen, daß man auf die ebenfalls eintretende Verschlechterung der Prozeßstellung des Schuldners bei der Abtretung hinweist;[84]) denn die Abtretung läßt sich nicht zum Vergleich heranziehen, da sie gesetzlich anerkannt ist und für den Schuldner in den §§ 409, 410 BGB. Schutzbestimmungen geschaffen sind, während die Prozeßführungsermächtigung dem Gesetze fremd ist und bei ihr keinerlei Schutzbestimmungen für den Schuldner bestehen.[85])

Der Verschlechterung der Stellung des Berichtigungsschuldners steht aber andererseits das Interesse des Ermächtigten an der Durchführung des Rechtsstreits im eigenen Namen gegenüber. Man würde diesem wenig gerecht werden, wollte man die Zulässigkeit der Prozeßführungsermächtigung schlechthin verneinen oder, was praktisch dasselbe ist, an die Zustimmung des Schuldners knüpfen.[86]) Man muß vielmehr im Einzelfalle das Interesse des Ermächtigten und das entgegenstehende Interesse des Schuldners

---

[81]) Goldmann, Gruch. 62/496.

[82]) H. Hellwig a. a. O.; Förster-Kann, Bem. 2c vor § 50.

[83]) Elsig, S. 31.

[84]) Volmer, Gruch. 59/645 Anm. 34.

[85]) Goldmann a. a. O., S. 498.

[86]) H. Hellwig a. a. O., S. 625.

gegeneinander abwägen.[87]) Die Zulässigkeit der Prozeßführungsermächtigung muß dann bejaht werden, wenn auf Seiten des Ermächtigten ein „besonderes Rechtsschutzinteresse" vorhanden ist, welches größer ist als das Interesse des Schuldners daran, daß seine Prozeßstellung nicht verschlechtert wird.

Ein solches besonderes Rechtsschutzinteresse ist bei dem Pfändungsgläubiger, der den Berichtigungsanspruch hat pfänden und sich überweisen lassen, zu bejahen. Denn wenn der Gesetzgeber dem Pfändungsgläubiger einen vollstreckbaren Titel in die Hand gibt, so muß er ihm auch die Möglichkeit geben, auf Grund dieses Titels zu vollstrecken.[88]) Eine andere Möglichkeit besteht aber für den Pfändungsgläubiger nicht; denn eine Pfändung gemäß § 851 Abs. II ZPO. ist nicht zulässig. Eine Prozeßvollmacht aber würde der Berechtigte dem Pfändungsgläubiger in den seltensten Fällen erteilen, da er kein Interesse daran hat, diesem die Vollstreckung in sein Recht zu erleichtern. Demgegenüber muß aber die Beeinträchtigung der prozessualen Stellung des Beklagten, des Buchberechtigten, in Kauf genommen werden.

Der Pfändungsgläubiger kann also auch gerichtlich seinen Anspruch gegen den Buchberechtigten auf Bewilligung der Umschreibung des zur Eigentümergrundschuld gewordenen Teils der Hypothek durchsetzen. Das rechtskräftige Urteil ersetzt die nach § 19 GBO. erforderliche Zustimmung des Buchberechtigten zur Eintragung des Grundstückseigentümers, § 894 ZPO.[89]) Die Berichtigung kann nun erfolgen. Der Eintragung der Pfändung der Eigentümergrundschuld und somit der Vollendung der Pfändung stehen keine Hindernisse mehr im Wege.

Wird freilich die Pfändung der Eigentümergrundschuld eingetragen, obgleich der Eigentümer nicht als Berechtigter der Eigentümergrundschuld eingetragen ist, so ist die Pfändung dennoch gültig, da § 40 GBO. nur eine Sollvorschrift ist.[90])

III. Die Briefübergabe.

a) Bei einer durch teilweise Befriedigung entstandenen Teileigentümergrundschuld.

Zur Pfändung einer Briefeigentümergrundschuld ist gemäß §§ 857 Abs. VI, 830 ZPO. Übergabe des Briefes erforderlich.

[87]) Goldschmidt, Prozeß, S. 326.

[88]) Elsig, S. 32.

[89]) Stein-Jonas, Erl. II zu § 894.

[90]) RGZ. 120/112 f.; Güthe-Triebel, § 40 Anm. 3a.

Bei der Teileigentümergrundschuld besteht regelmäßig noch kein selbständiger Teilgrundschuldbrief. Die Übergabe des Stammhypothekenbriefes aber kann nicht erfolgen; denn an dem Stammbrief erwirbt der Grundstückseigentümer zwar gemäß § 952 Abs. II BGB. das Miteigentum, aber einen Anspruch auf Einräumung des Mitbesitzes hat er wegen der besonderen Natur und des Zwecks des Hypothekenbriefes nicht.[91]) Dieser soll nämlich dem Hypothekar auch weiterhin für Verfügungen über die ihm noch verbleibende Hypothek zur Legitimation dienen. Damit nämlich der Gläubiger uneingeschränkt über seine Hypothek verfügen kann, muß er den Brief ausschließlich besitzen; denn wenn der Grundstückseigentümer Mitbesitzer des Stammbriefes wäre, so könnte der Gläubiger Verfügungen über seine Hypothek nicht ohne dessen tatsächliche Mitwirkung vornehmen.[92])

Das Gesetz gibt dem Grundstückseigentümer für den Fall der teilweisen Befriedigung des Hypothekengläubigers nur einen Anspruch auf Vorlegung des Stammhypothekenbriefes vor dem Grundbuchamt zwecks Bildung eines Teilbriefes § 1145 Abs. I S. 2 BGB.

Um diesen Anspruch geltend machen zu können, muß der Pfändungsgläubiger ihn pfänden und sich überweisen lassen.

Voraussetzung für die Pfändbarkeit des Anspruchs auf Vorlegung des Stammhypothekenbriefes vor dem Grundbuchamt ist, daß er übertragbar ist. Eine Abtretung des Anspruchs auf Vorlegung im Sinne einer Vollzession, kraft deren der Zessionar Vorlegung des Stammbriefes zwecks Bildung eines Teilhypothekenbriefes für s i c h verlangen kann, ist nach dem Gesetze nicht möglich. Der Wortlaut des § 1145 Abs. I S. 2 BGB.: „Der Gläubiger ist verpflichtet, den Brief zum Zwecke der Herstellung eines Teilhypothekenbriefes für den E i g e n t ü m e r der zuständigen Behörde vorzulegen“, spricht gegen die Abtretbarkeit dieses Anspruchs mit der Wirkung, daß der Zessionar Bildung eines Teilhypothekenbriefes für s i c h verlangen kann; denn danach soll der Teilhypothekenbrief für eine ganz bestimmte Person, nämlich den Eigentümer, der den Gläubiger teilweise befriedigt hat, gebildet werden.

Auch würde, wenn der Vorlegungsanspruch i. S. einer Vollzession selbständig abtretbar wäre und für den Zessionar ein Teilbrief gebildet würde, der Inhalt des Briefes mit dem des Grundbuchs in Widerspruch stehen; denn die Eintragung des

---

[91]) RGZ. 69/40.

[92]) v. Seeler, S. 39.

Zessionars im Grundbuche könnte mangels Übergangs des dinglichen Rechts nicht geschehen.[93]) Daß dies aber ein unerwünschter Zustand wäre, beweisen die Ordnungsvorschriften der §§ 42 S. 1, 62 ff. GBO., die eine Übereinstimmung zwischen Grundbuch und Brief erzielen sollen.

Der Anspruch auf Vorlegung des Hypothekenbriefes vor dem Grundbuchamt kann aber auch nicht mit der Wirkung abtretbar sein, daß der Zessionar Bildung eines Teilhypothekenbriefes für den Eigentümer verlangen könnte; denn eine Abtretung in diesem Sinne müßte gemäß § 398 S. 2 BGB. die Wirkung haben, daß der Zedent, der Eigentümer, selbst nicht mehr Vorlegung des Hypothekenbriefes vor dem Grundbuchamt zwecks Bildung eines Teilbriefes verlangen könnte. Das aber würde, wenn der Zessionar keinen Gebrauch von seinem Rechte machte, eine nach § 137 S. 1 BGB. unzulässige Beschränkung des Zedenten in der Verfügung über die entstandene Eigentümergrundschuld bedeuten, da er die für eine Übertragung erforderliche Übergabe des Teilgrundschuldbriefes nicht bewerkstelligen könnte, §§ 1192, 1154, Abs. I S. 1 BGB.[94])

Der Vorlegungsanspruch ist daher ähnlich wie der Berichtigungsanspruch untrennbar mit dem Hauptrecht verbunden,[95]) auch er ist nur ein „Ausfluß" des dinglichen Rechts.

Nach dem allgemeinen Grundsatz der Überlaßbarkeit von Rechten zur Ausübung[96]) kann aber der Vorlegungsanspruch einem anderen zur Ausübung überlassen werden.[97]) Die Übertragung der Ausübung geschieht in der Form einer Ermächtigung.[98])

Der Anspruch auf Vorlegung des Stammbriefes vor dem Grundbuchamt zwecks Bildung eines Teilbriefes ist daher ebenso wie der Berichtigungsanspruch gemäß § 857 Abs. III ZPO. als Hilfsanspruch pfändbar.

Eine besondere Pfändung und Überweisung des Vorlegungsanspruchs wird zwar von M a y e r[99]) nicht für erforderlich ge-

---

[93]) vergl. oben S. 16.

[94]) Den Stammbrief könnte der Eigentümer weder körperlich noch durch Übergabesurrogat übergeben, vergl. oben S. 25, den Teilgrundschuldbrief aber auch nicht, da dieser noch nicht gebildet wäre.

[95]) Hirsch, S. 312.

[96]) vergl. oben S. 18.

[97]) Hirsch a. a. O.

[98]) vergl. oben S. 19.

[99]) P. Mayer, Gruch. 56/306 ff.

halten, obwohl auch er für die Pfändung der Eigentümergrundschuld den § 857 Abs. VI ZPO. anwendet. Nach ihm hat der Pfändungsgläubiger auf Grund des die Eigentümergrundschuld betreffenden Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses in analoger Anwendung des § 836 Abs. III ZPO. einen Anspruch auf Vorlegung vor dem Grundbuchamt. Mayer beruft sich für seine Ansicht auf eine Entscheidung des Reichsgerichts,[100]) in welcher dieses mit der Überweisung der Forderung auch den Anspruch des Schuldners gegen den dritten Inhaber der über die Forderung bestehenden Urkunde auf Herausgabe derselben als überwiesen ansah. Diese Entscheidung stützt indessen nicht die Ansicht Mayer's, da nach dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt die Pfändung und Überweisung bereits mit der Zustellung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses an den Drittschuldner bewirkt war und daher eine gültige, mit dinglicher Wirkung ausgestattete Pfändung und Überweisung vorlag.[1])

Die analoge Anwendung des § 836 Abs. III ZPO., der ebenfalls eine wirksame Pfändung und Überweisung voraussetzt, auf den Fall, daß die Pfändung erst mit der Herausgabe der Urkunde an den Pfändungsgläubiger wirksam wird, §§ 857 Abs. VI, 830 ZPO., ist bedenklich; sie ist aber auch nicht notwendig, da dem Pfändungsgläubiger der Weg der Pfändung des Anspruchs auf Vorlegung vor dem Grundbuchamt, § 1145 Abs. I S. 2 BGB. offen steht.[2])

Auf Grund des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses, der dem Hypothekengläubiger als Drittschuldner zuzustellen ist, hat dieser den Stammbrief dem Grundbuchamt vorzulegen. Der nun gemäß §§ 1152 BGB., 61 GBO. zu bildende Teilbrief kann im Falle der Überweisung zur Einziehung nur auf den Grundstückseigentümer ausgestellt werden, da der Pfändungsgläubiger hierbei nicht Gläubiger der Eigentümergrundschuld wird.[3])

Erfolgt dagegen die Überweisung der Teileigentümergrundschuld an Zahlungs Statt, so wird der Teilbrief auf den Pfändungsgläubiger ausgestellt.

Zweifelhaft könnte sein, ob ein Teilhypothekenbrief oder ein Teilgrundschuldbrief zu bilden ist. Das Gesetz spricht

---

[100]) RGZ. 21/364.

[1]) Oberneck, Gruch. 50/364.

[2]) RGZ. 59/318.

[3]) KGJ. 28 A 137; Stein-Jonas, § 837 II; Bertin, JW. 1933 S. 1989; Brand-Schnitzler, S. 244.

nämlich in § 1145 Abs. I S. 2 BGB. von der Bildung eines Teilhypothekenbriefes. Da aber gemäß §§ 1163 Abs. I S. 2, 1177 Abs. I BGB. das zu pfändende Recht eine Eigentümergrundschuld ist, so ergibt sich aus §§ 1177 Abs. I, 1192 BGB., daß in § 1145 Abs. I S. 2 BGB. ein Teilgrundschuldbrief gemeint sein muß.[4])

Mit der Übergabe des Teilgrundschuldbriefes, bezw. mit der Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher erwirkt der Pfändungsgläubiger das Pfandrecht an der Teileigentümergrundschuld. Die Übergabe kann auch durch eine Vereinbarung gemäß § 1117 Abs. II BGB., daß der Pfändungsgläubiger berechtigt sein soll, sich den Teilbrief von dem Grundbuchamte aushändigen zu lassen, ersetzt werden. Eine derartige Vereinbarung setzt allerdings voraus, daß das Grundbuchamt die Verfügungsgewalt über den Brief durch dessen Vorlegung erlangt hat, weil die Vereinbarung dem Zessionar den mittelbaren Besitz an dem im unmittelbaren Besitz des Grundbuchamts befindlichen Briefe verschaffen soll.[5])

b) Die Briefübergabe im Falle einer von vornherein bestehenden Teileigentümergrundschuld.

Bei einer Teileigentümergrundschuld, die infolge teilweiser Nichtvalutierung der Hypothek entsteht, findet § 1145 Abs. I S. 2 BGB. hingegen keine Anwendung; denn dieser spricht ausdrücklich von „teilweiser Befriedigung".[6])

Aus dem Fehlen einer dem § 1145 Abs. I S. 2 BGB. entsprechenden Vorschrift für diesen Fall läßt sich jedoch nicht, wie es geschehen ist,[7]) folgern, daß die Vorlegung des Briefes zum Zwecke der Bildung eines Teilbriefes nicht gefordert werden und deshalb die Pfändung nicht durchgeführt werden könne.

Da nämlich der Grundstückseigentümer Miteigentum an dem Stammbrief gemäß § 952 Abs. II BGB. erworben hat,[8]) so hat

[4]) KG. in EFGG. 11/138 ff.

[5]) RGZ. 69/43; 84/315; RGR. Komm. § 1154 A 3; Bertin a. a. O.

[6]) RGR. Komm. § 1145 A 1; Gährs, JW. 1933 S. 1299; Bertin a. a. O.

[7]) Freudenthal, JW. 04, 602 ff.

[8]) Dies wird nur von Falkmann (Falkmann-Mugdan, § 67, 12) bestritten. Zuzugeben ist diesem allerdings, daß die Vorschriften der §§ 1009 ff. BGB., die die Möglichkeit einer Belastung, Verwaltung oder Benutzung erfordern, nicht auf den Hypothekenbrief anwendbar sind. Gleichwohl folgt aber aus dem Wortlaut des § 952 BGB., daß der

er einen Anspruch auf Aufhebung der zwischen ihm und dem Gläubiger der Hypothek bestehenden Miteigentumsgemeinschaft und Vollziehung der Teilung in Natur durch Herstellung eines Teilbriefes, §§ 749, 752, 1152 BGB.[9])

Auch dieser Anspruch ist nicht selbständig abtretbar; denn hiergegen spricht zunächst der Wortlaut des § 749. Nach diesem ist nur der Teilhaber, also in diesem Falle der Miteigentümer, aktiv legitimiert. Dann aber beweisen auch die §§ 750, 751 BGB. die Unmöglichkeit einer Abtretung des Anspruches aus § 749; denn diese Vorschriften lassen einen Ausschluß des Rechtes auf Aufhebung der Gemeinschaft nur zu, wenn eine dahingehende Vereinbarung unter den Teilhabern getroffen wird. Wenn aber ein Teilhaber seinen Anspruch auf Aufhebung der Gemeinschaft abtreten könnte, so würde er diesen Anspruch nach der Zession nicht mehr haben, § 398 S. 2 BGB.; er wäre also auch von diesem Recht ausgeschlossen, aber ohne daß eine dahingehende Vereinbarung unter den Miteigentümern getroffen ist.

Der Anspruch auf Aufhebung kann daher nicht selbständig abgetreten werden. Auch er ist ebenso wie der Berichtigungsanspruch und der Vorlegungsanspruch untrennbar mit dem Hauptrecht, dem Gemeinschaftsanteil, verbunden. Auch er kann aber einem anderen in der Form einer Ermächtigung zur Ausübung übertragen werden, da er dadurch dem Hauptrecht nicht genommen wird.[10]) Auch der Anspruch auf Aufhebung der Gemeinschaft kann daher als Hilfsanspruch gemäß § 857 Abs. III ZPO. gepfändet werden.

Der Pfändungsgläubiger muß daher pfänden und sich überweisen lassen:

1. Das Miteigentum seines Schuldners an dem Hypothekenbrief,
2. dessen Anspruch, gemäß § 749 BGB. die Aufhebung der an dem Stammhypothekenbrief bestehenden Miteigentumsgemeinschaft zu verlangen.[11])

Grundstückseigentümer Miteigentum erwirbt; denn er wird Teilgläubiger des Grundpfandrechts. Ein Vergleich mit dem Wechsel, wie Falkmann ihn vornimmt, daß nämlich der Wechselschuldner bei einer Teilzahlung kein Miteigentum an dem Wechsel erwerbe, läßt sich nicht ziehen, da für den Wechsel als Orderpapier andere Grundsätze gelten als für den Hypothekenbrief.

[9]) RGZ. 69/41 ff.

[10]) Hirsch, S. 312.

[11]) RGZ. 59/314 ff.

Statt der Pfändung und Überweisung des Miteigentums und des Anspruchs auf Aufhebung der an dem Stammbrief bestehenden Miteigentumsgemeinschaft genügt auch die Pfändung des Anspruchs auf Teilung durch Herstellung eines Teilbriefes; denn dieser enthält beides.[12])

Die Aufhebung der Miteigentumsgemeinschaft erfolgt nach § 752 BGB. durch Teilung in Natur, indem gemäß § 1152 BGB. für den Gläubiger der Eigentümergrundschuld ein Teilgrundschuldbrief, nicht ein selbständiger Grundschuldbrief gebildet wird.[13])

Auf Grund des diese Ansprüche enthaltenden Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses kann der Pfändungsgläubiger von dem Hypothekar Vorlegung des Stammhypothekenbriefes vor dem Grundbuchamt zwecks Bildung eines Teilbriefes verlangen; denn da die Vollziehung der Teilung der Gemeinschaft an dem Stammbrief durch Herstellung eines Teilbriefes erfolgt, ein Teilbrief aber nur von dem Grundbuchamt oder einem Notar, § 61 GBO., hergestellt werden kann, so umfaßt der Anspruch auf Aufhebung der an dem Stammbrief bestehenden Gemeinschaft auch den Anspruch auf Vorlegung des Briefes vor dem Grundbuchamt zwecks Herstellung eines Teilbriefes.[14])

Eine Pfändung des Berichtigungsanspruchs und des Anspruchs auf Vorlegung des Stammbriefes vor dem Grundbuchamt zwecks Berichtigung des Grundbuchs, § 896 BGB., ist dagegen zur Wirksamkeit der Pfändung einer Briefeigentümergrundschuld nicht erforderlich. Doch ist die Pfändung dieser Ansprüche ratsam, da mangels Erteilung einer löschungsfähigen Quittung durch den Hypothekar an den Grundstückseigentümer der Pfändungsgläubiger den zur Bildung eines Teilbriefes erforderlichen Nachweis der Entstehung der Teileigentümergrundschuld nicht erbringen kann.[15]) Da der Grundstückseigentümer von dem früheren Hypothekar eine der Form des § 29 GBO. entsprechende Erklärung verlangen kann, daß die Eigentümergrundschuld in dem bestimmt anzugebenden Betrage entstanden ist, so wird der Pfändungsgläubiger durch Überweisung des Berichtigungsanspruchs legitimiert, auf die Abgabe dieser Erklärung zu klagen.[16])

---

[12]) Schmidt-Ernsthausen, JW. 1933 S. 669; Bertin, JW. 1933 S. 1989.

[13]) KGJ. 43 A S. 269 ff.

[14]) Güthe in Seuff. Bl. f. RA. 76/618.

[15]) Schmidt-Ernsthausen, JW. 1933 S. 669.

[16]) Schmidt-Ernsthausen a. a. O.

C. Die Sicherung des Pfändungsgläubigers.

I. Gegen Verfügungen des Buchberechtigten.

Da die Pfändung einer Teileigentümergrundschuld immer erst wirksam wird, wenn die Eintragung im Grundbuch bezw. die Übergabe des Briefes erfolgt ist, so kann sich das Verfahren oft in die Länge ziehen. Dadurch wird für den Pfändungsgläubiger die Gefahr begründet, daß er infolge von Verfügungen des Eigentümergrundschuldgläubigers oder des Buchberechtigten sein Ziel nicht erreicht. Eine Sicherung hiergegen läßt sich nicht durch eine Eintragung der Pfändung des Berichtigungsanspruchs erreichen. Da nämlich der Berichtigungsanspruch kein Recht an einem Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Recht ist, so ist dieser selbst nicht eintragbar.[17]) Folglich kann auch seine Pfändung nicht eingetragen werden.

Gegen Verfügungen des Buchberechtigten an gutgläubige Dritte, § 892 BGB., kann sich der Pfändungsgläubiger jedoch in der Weise dinglich sichern, daß er einen Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eintragen läßt.[18]) Hierzu ist der Pfändungsgläubiger berechtigt, nachdem er auf Grund des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses betr. den Berichtigungsanspruch eine einstweilige Verfügung erwirkt hat, § 899 Abs. II S. 1 BGB. Für die Erlassung der einstweiligen Verfügung braucht der Pfändungsgläubiger keine besondere Gefährdung seines Rechts glaubhaft zu machen. Es genügt daher, daß er das Bestehen der Eigentümergrundschuld und sein Recht, sich an diese zu halten, glaubhaft macht.[19])

Die Eintragung eines Widerspruchs ist namentlich bei Briefeigentümergrundschulden von großer Bedeutung, da hierfür die Vorlegung des Briefes nicht erforderlich ist, sofern geltend gemacht wird, daß die Hypothek oder die ihr zugrunde liegende Forderung nicht bestehe. §§ 42 Abs. I S. 2, 43 GBO.

Zur Stellung des Antrags auf Eintragung des Widerspruchs ist der Pfändungsgläubiger nach richtiger Ansicht auf Grund

---

[17]) KGJ. 47 A 179; OLG. Colmar in OLGE. 18 S. 198; RGR. Komm. § 894 A 2; Wolff, § 46 Anm. 26; Volmer, Gruch. 59/624 ff.; Planck, § 899 Anm. VI; Staudinger-Kober, § 894 IV c.

[18]) Staudinger-Kober a. a. O.; Oberneck, Gruch 50/551; Rosenberg, Komm. z. BGB. § 894 VII, 2.

[19]) Hoffmann, ZBlFG. 2, 643.

des § 14 GBO. befugt. Zwar spricht § 14 GBO. nur von einem Antrag auf „Berichtigung"; doch dient der Widerspruch ja gerade der Berichtigung des Grundbuchs, wenn er sie auch nicht unmittelbar herbeiführt. Wenn das Gesetz aber die Befugnis zur Stellung des Antrages auf Berichtigung erteilt, so folgt daraus, daß erst recht ein Antrag auf Eintragung eines Widerspruchs zulässig sein muß.[20])

Verneint man die Berechtigung des Pfändungsgläubigers zur Stellung des Antrags, so bleibt diesem nur übrig, das Gericht zu bitten, das Grundbuchamt um Eintragung des Widerspruchs zu ersuchen, § 941 ZPO. Da es aber im Ermessen des Gerichts steht, das Grundbuchamt um Eintragung zu ersuchen, so würde für den Pfändungsgläubiger die Sicherung durch Erwirkung eines Widerspruchs keine große Bedeutung haben.

II. Die Sicherung des Pfändungsgläubigers gegen Verfügungen des Vollstreckungsschuldners.

Da der Widerspruch zugunsten des Schuldners eingetragen ist, so wirkt er nur gegen Verfügungen des Buchberechtigten, indem er den gutgläubigen Erwerb durch einen Dritten ausschließt, § 892 BGB.[21]) Gegen Verfügungen des Schuldners gewährt er dagegen keinen Schutz. Der Schuldner kann sogar auch den durch den Widerspruch gewährten Schutz gegen Verfügungen des Buchberechtigten vereiteln, indem er die Löschung des Widerspruches beantragt, oder indem er einer Verfügung des Buchberechtigten zustimmt.[22]) Hierzu ist er in der Lage, da der Widerspruch lediglich zu seinen Gunsten besteht.

Ein Schutz gegen Verfügungen des Vollstreckungsschuldners wird auch nicht durch Erwirkung einer Vormerkung gewährt; denn eine solche kann nicht eingetragen werden, weil die Vormerkung nur zur Sicherung privatrechtlicher Ansprüche dient, der Anspruch auf Pfändung aber ein dem öffentlichen Recht ange-

---

[20]) Fuchs, § 899, 6a; RGR. Komm. § 894 Erl. II; Gährs, JW. 1933 S. 1299; OLGE. 18, 198.

[21]) Wird der Dritte gleichwohl als Berechtigter eingetragen, so entsteht damit ein neuer Berichtigungsanspruch des Schuldners gegen den Dritten. Nach Pfändung und Überweisung dieses Berichtigungsanspruchs kann der Pfändungsgläubiger von dem Dritten die Zustimmung zur Berichtigung verlangen.

[22]) Elsig, S. 40.

höriger Anspruch ist, der gegen den Staat auf Durchführung der Vollstreckung gerichtet ist.[23])

Man hat den Vorschlag gemacht, zugunsten des Pfändungsgläubigers eine temporisierende Zwischenverfügung einzutragen.[24]) Wenn der Pfändungsgläubiger die Eintragung der Pfändung einer Bucheigentümergrundschuld beantrage, so könne das Grundbuchamt dem Pfändungsgläubiger eine angemesse Frist zur Behebung des Hindernisses bestimmen. Werde dann vor Erledigung des Antrages eine andere Eintragung beantragt, durch die die Eigentümergrundschuld betroffen wird, so sei gemäß § 18 Abs. II GBO. zugunsten des früher gestellten Antrages eine Vormerkung einzutragen; eine Vollstreckungsvereitelung sei somit, wenn auch nur innerhalb der vom Grundbuchamte dem Gläubiger gesetzten Frist, unmöglich.

Dieser Ansicht kann indessen nicht zugestimmt werden. Da nämlich durch Erlaß einer temporisierenden Zwischenverfügung der Buchstand ungewiß wird, indem man nicht erkennen kann, ob der Inhalt des Grundbuchs richtig und vollständig ist, so widerspricht die temporisierende Zwischenverfügung dem Zweck der Grundbucheinrichtung. Es ist daher eine einschränkende Auslegung der Vorschrift des § 18 GBO. geboten.[25]) Eine Zwischenverfügung kann daher nur erlassen werden, wenn der Eintragung ein leicht behebbares Hindernis entgegensteht. Nur dann ist sie mit dem Zweck der Grundbucheinrichtung vereinbar.

Bei der Pfändung einer nicht auf den Eigentümer eingetragenen Eigentümergrundschuld ist indessen das der Eintragung entgegenstehende Hindernis nicht leicht behebbar, wenn der Buchberechtigte seine Zustimmung verweigert. In diesem Falle muß der Pfändungsgläubiger erst ein obsiegendes Urteil gegen den Buchberechtigten erstritten haben. Eine Zwischenverfügung kann daher nicht erlassen werden.[26])

Aber auch bei Erteilung der Zustimmung zur Berichtigung durch den Buchberechtigten darf eine Zwischenverfügung nur dann erlassen werden, wenn der Mangel des Antrags auf Rechtsunkenntnis oder auf abweichender Rechtsauffassung oder auf Un-

---

[23]) RGZ. 56/14 f.; 72/276 f.; Stein-Jonas, Vorbem. II vor § 704, § 830 V; Staudinger-Kober, § 1163 IV 1 d; P. Mayer, Gruch. 56 S. 544; Gährs, JW. 1933 S. 1299.

[24]) Mayer, Gruch. 56 S. 546 f.

[25]) Oberneck, Reichsgrundbuchrecht, S. 155.

[26]) Elsig, S. 43.

achtsamkeit u. dgl. beruht[27]), denn es besteht kein Bedürfnis, den zu schützen, der den Mangel seines Antrags kennt. Eine Zwischenverfügung kann daher nur in dem seltenen Falle zulässig sein, daß der Buchberechtigte seine Zustimmung zur Berichtigung erteilt und daß der Pfändungsgläubiger die Eintragung der Pfändung vor Umschreibung der Eigentümergrundschuld auf den Eigentümer aus Rechtsunkenntnis oder, weil er mit einer abweichenden Rechtsansicht des Grundbuchamtes rechnet, beantragt.

Eine Sicherung des Pfändungsgläubigers läßt sich auch nicht auf dem Wege erreichen, daß auf Grund einer einstweiligen Verfügung ein Verfügungsverbot eingetragen wird.[28]) Die Eintragung eines Verfügungsverbots muß von vornherein für Briefeigentümergrundschulden ausscheiden, da bei solchen die Vorlegung des Briefes erforderlich wäre, § 42 Abs. I S. 1 GBO.[29])

Aber auch bei Bucheigentümergrundschulden ist zur Eintragung des Verfügungsverbots der durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden zu führende Nachweis erforderlich, daß die Hypothek auf den Eigentümer übergegangen ist.[30]) Wenn daher, was regelmäßig der Fall sein wird, der Pfändungsgläubiger eine löschungsfähige Quittung nicht erhält und der Buchberechtigte sich weigert, seine Zustimmung zur Berichtigung zu erteilen, so müßte der Pfändungsgläubiger auch hier erst gegen den Buchberechtigten klagen. Eine Sicherung des Pfändungsgläubigers in der Schwebezeit würde daher nicht erreicht werden können. Zudem mangelt es für den Erlaß einer einstweiligen Verfügung an den hierfür notwendigen Voraussetzungen. Der Pfändungsgläubiger hat gegen den Schuldner keinen Individualanspruch, sondern nur einen Geld- oder geldwerten Anspruch. Auch kann man nicht von einem „Streitgegenstand“ sprechen.

Neuerdings[31]) hat man eine Sicherung des Pfändungsgläubigers gegen Verfügungen des Vollstreckungsschuldners in der

---

[27]) Güthe-Triebel, § 18 Anm. 20; Elsig, S. 44.

[28]) Gährs, JW. 1933 S. 1299; das RG. (RGZ. 97, 223) läßt die Frage dahingestellt sein. A. M. Schmidt-Ernsthausen, JW. 1933 S. 669; Staudinger-Kober, § 1163 IV 1 d, der aber Führung des Nachweises erfordert, daß die Hypothek als Eigentümergrundschuld auf den Eigentümer übergegangen ist.

[29]) KGJ. 25 A 165.

[30]) Staudinger-Kober a. a. O.

[31]) Michels, JW. 1933 S. 1639.

Bestimmung des § 288 StGB. erblickt, der ein Veräußerungsverbot gemäß § 135 BGB. enthalte. Indem der Schuldner durch weitere Kreditinanspruchnahme seine Eigentümergrundschuld zum Erlöschen bringe, veräußere er, sofern er die Absicht habe, die Befriedigung seiner Gläubiger zu vereiteln, in strafbarer Weise Bestandteile seines Vermögens. Der Kreditgeber könne daher, wenn er hinsichtlich des im § 288 StGB. enthaltenen Veräußerungsverbots bösgläubig sei, ein Grundpfandrecht nicht erwerben, § 135 Abs. II BGB. Der Pfändungsgläubiger müsse also mit der Zustellung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses dem Kreditgeber Mitteilung von der Pfändung machen, wodurch er dessen guten Glauben zerstöre und auf diese Weise den Erwerb des Grundpfandrechts durch den Kreditgeber verhindere.

Diese Ansicht ist theoretisch zweifellos richtig, praktisch aber nicht durchführbar; denn die Mitteilung von der Pfändung an den Kreditgeber kann jedenfalls nicht in die Zustellungsurkunde aufgenommen werden. Der Kreditgeber ist außerdem garnicht verpflichtet, der Mitteilung Glauben zu schenken. Nur positive Kenntnis des Veräußerungsverbotes hindert aber seinen Erwerb. Endlich ist die Konstruktion des Veräußerungsverbotes aus § 288 StGB. überhaupt überflüssig, da der Pfändungsbeschluß gemäß §§ 830, 829 GBO. ein Veräußerungsverbot enthält.[32])

Ein gewisser Schutz gegen Verfügungen des Vollstreckungsschuldners wird dem Pfändungsgläubiger durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts verliehen. Das Reichsgericht hat in der Entscheidung RGZ. 97 S. 223 ff. das in dem Pfändungsbeschluß enthaltene Verfügungsverbot gemäß § 161 BGB. mit der Zustellung an den Drittschuldner für bedingt wirksam erklärt, vorausgesetzt, daß die Pfändung durch nachfolgende Eintragung bezw. Briefübergabe später vollendet wird, wobei die Wirkungen des Verfügungsverbots auf den Zeitpunkt der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Eigentümer als Drittschuldner zurückbezogen werden.[33]) Verfügungen des Eigentümers über die Eigentümergrundschuld seien insoweit unwirksam, als sie die Wirkung der später wirksam gewordenen Pfändung vereiteln oder beeinträchtigen würden. Da bei Verfügungen im Wege der Zwangsvollstreckung ein Schutz des guten Glaubens nicht stattfindet § 161 Abs. III BGB., so ist also praktisch der Zeitpunkt der Zustellung

---

[32]) Körting, JW. 1933 S. 2887 f.

[33]) Bertin, JW. 1933 S. 1989.

des Pfändungsbeschlusses für den Rang des Pfändungspfandrechtes maßgebend.[34])

Diese Ansicht des Reichsgerichts, die den Bedürfnissen der Praxis entgegenkommt, steht jedoch im Widerspruch zu dem Gesetzeswortlaut. Der Pfändungs- und Überweisungsbeschluß ist nur ein Bestandteil der Pfändung, der keine selbständigen Wirkungen erzeugt.[35]) Nach der Ansicht des Reichsgerichts würde bei Kenntnis von der Zustellung des Pfändungsbeschlusses die Eigentümergrundschuld auch nicht rechtsgeschäftlich erworben werden können, §§ 135, 136, 892 BGB. Auf den von dem Reichsgericht herangezogenen § 830 Abs. II ZPO. läßt sich diese Auffassung des Reichsgerichts aber nicht stützen; denn dieser läßt mit der Zustellung des Pfändungsbeschlusses die Wirkungen der Pfändung nur gegenüber dem Drittschuldner eintreten. Nun ist zwar der Gläubiger der Eigentümergrundschuld als Grundstückseigentümer zugleich Drittschuldner, die gemäß § 161 BGB. erfolgende Rückbeziehung der Wirkungen der Pfändung auf den Zeitpunkt der Zustellung des Pfändungsbeschlusses würde aber dem Grundstückseigentümer gegenüber gerade in seiner Person als Gläubiger der Eigentümergrundschuld eintreten.

Die Auffassung des Reichsgerichts enthält zudem eine Inkonsequenz; denn da das in dem Pfändungsbeschluß enthaltene Verfügungsverbot gemäß § 13 KO. den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam ist, so würde das Recht des Pfändungsgläubigers außerhalb des Konkurses wie ein echtes Pandrecht wirken, nicht aber im Konkurs.[36])

Eine Sicherung des Pfändungsgläubigers gegen Verfügungen des Vollstreckungsschuldners vor der Vollendung der Pfändung ist also nicht möglich. Der Pfändungsgläubiger ist daher darauf angewiesen, seine Eintragung bezw. die Briefübergabe sobald wie möglich herbeizuführen.

III. Die Anschlußpfändung.

Die Durchführung der Pfändung wird schließlich auch durch Pfändungen von anderer Seite bedroht. Hat der andere Pfändungsgläubiger seine Pfändung schon vollendet, so bleibt dem Nachfolgenden nur die Möglichkeit einer Anschlußpfändung.

---

[34]) Bertin a. a. O.

[35]) RGR. Komm. § 1190 Erl. I; Hauß, S. 39; Gährs, JW. 1933 S. 1299.

[36]) Abenheimer, JW. 1920 S. 2426; RGR. Komm. § 1190 Erl. I.

Bei Bucheigentümergrundschulden erfolgt die Anschlußpfändung in gleicher Weise wie die erste Pfändung, also durch Pfändungsbeschluß und Eintragung. Um den Rang der Pfandrechte durch Eintragung kenntlich zu machen, bedarf es des Nachweises durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden, § 29 GBO. Wenn die Beteiligten keine abweichenden Erklärungen abgeben, so hat der Grundbuchrichter die Pfandrechte in der Zeitfolge der Anträge einzutragen, § 46 GBO.

Um eine Briefeigentümergrundschuld anschlußweise zu pfänden, ist gemäß § 857 Abs. VI ZPO. Übergabe des Briefes erforderlich. Der über die Teileigentümergrundschuld ausgestellte Brief, der sich im Besitz des ersten Pfändungsgläubigers befindet, kann dem nachfolgenden Pfändungsgläubiger nicht übergeben werden, da dieser kein Recht auf Alleinbesitz hat. Es kann für den nachfolgenden Pfändungsgläubiger auch kein neuer Brief gebildet werden, da ein neuer Brief über dieselbe Eigentümergrundschuld nur in der Weise erteilt werden kann, daß er an die Stelle des alten tritt, § 68 GBO.

Die Übergabe kann daher nur dadurch erfolgen, daß der erste Pfändungsgläubiger dem zweiten den Mitbesitz einräumt.[37]) Verpflichtet ist indessen der erste Pfändungsgläubiger hierzu nicht. Er kann daher auch nicht, wie Bertin annimmt,[38]) dazu verurteilt werden.

Vielfach wird die Ansicht vertreten, daß auch der Abschluß eines Verwahrungsvertrags, wonach der erste Pfändungsgläubiger den Brief künftig auch für den nachfolgenden Pfändungsgläubiger besitzen soll, genügt.[39]) Dieser Ansicht kann jedoch nicht zugestimmt werden, da im Gegensatz zur Verpfändung bei der Pfändung gemäß § 830 ZPO. die Übergabeersatzmittel nicht zugelassen sind. Eine Anschlußpfändung kann auch nicht gemäß § 826 ZPO. erfolgen, da der Brief nicht nach den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen gepfändet wird, sondern nach § 883 ZPO. weggenommen wird.[40])

Dem Pfändungsgläubiger bleibt daher nur übrig, die dem Vollstreckungsschuldner gegen den ersten Pfändungsgläubiger zustehenden Ansprüche auf Herausgabe des Briefes nach Befriedigung des ersten Gläubigers oder auf den dem Vollstreckungsschuldner

[37]) Stein-Jonas, § 830 VIII.

[38]) JW. 1933 S. 1989.

[39]) Güthe-Triebel, § 19 Anm. 129 S. 501; KGJ. 35 A 299.

[40]) Stein-Jonas, § 830 VIII; Gährs, JW. 1933 S. 1299; a. M.: Baumbach, § 830, 2 C; Seuffert-Walsmann, § 830, 5.

zustehenden Überschuß im Falle der Zahlung oder Hinterlegung seitens des Drittschuldners zu pfänden.[41]) Durch eine solche Pfändung entsteht aber nicht ein Pfandrecht an der Eigentümergrundschuld selbst, das einer späteren Pfändung des ersten Gläubigers, die gemäß § 830 Abs. I ZPO. vollzogen wird, vorginge.[42])

Eine Pfändung für mehrere Gläubiger ist daher nur möglich, wenn der Gerichtsvollzieher den Brief für die mehreren Gläubiger gleichzeitig wegnimmt, wenn also eine Übergabe an den ersten Pfändungsgläubiger noch nicht erfolgt war.[43]) Die Pfandrechte entstehen dann gleichzeitig und mit gleichem Range.

D. Die Pfändung der Eigentümermaximalgrundschuld.

Praktisch besonders wichtig ist die Pfändung der bei der nicht valutierten Höchstbetragshypothek bestehenden Teileigentümergrundschuld, der sogen. Eigentümermaximalgrundschuld. Allerdings ist es nicht unstreitig, ob bis zur Feststellung der Forderung, zu deren Sicherung die Höchstbetragshypothek bestellt ist, schon eine Eigentümergrundschuld besteht. Früher wurde diese Frage sogar überwiegend verneint.[44]) Das Reichsgericht nahm an, daß erst mit der endgültigen Feststellung eine Eigentümergrundschuld entstehen könne, weil sich erst dann herausstelle, daß die Forderungen, zu deren Sicherung die Höchstbetragshypothek eingetragen ist, insoweit nicht zur Entstehung gelangt seien, § 1163 Abs. I S. 1 BGB.

Diese Konstruktion ist offenbar aus dem Bedürfnis heraus entstanden, den Gläubiger zu schützen. Dieser Zweck wird indessen auch bei Annahme einer von vornherein bestehenden Eigentümergrundschuld erreicht; denn auch bei dieser ist der Gläubiger gegen Verfügungen und Zwangsvollstreckungen gesichert. Die heute herrschende Lehre[45]) nimmt daher an, daß von vornherein eine Eigen-

---

[41]) KGJ. 35 A 299; Güthe-Triebel, § 19 Anm. 129; Stein-Jonas, § 830 Anm. VIII; Bertin, JW. 1933 S. 1989; Gährs a. a. O.

[42]) Stein-Jonas, § 830 Anm. VIII.

[43]) Stein-Jonas a. a. O.

[44]) RGZ. 51/115 ff. bis RGZ. 61/374; KGJ. 28 A 269 bis KGJ. 40 A 377; Biermann, § 1190 Anm. 4 j; Dernburg, S. 810 f.; Herold, ZBlFG. 8 S. 345.

[45]) RGZ. 75/245 ff. (250); RGZ. 120/110 ff.; KGJ. 45 A 286 ff.; 49 A 217; Staudinger-Kober, § 1190 1 a; Wolff, S. 563; Planck, § 1190 6 a; P. Mayer, Gruch. 56 S. 525; Roettgen, S. 11.

tümergrundschuld vorhanden sei, deren Eigenart darin bestehe, daß sie durch die Valutierung der Höchstbetragshypothek auflösend bedingt ist.[46]) Dieser Ansicht ist zuzustimmen; denn nach § 1163 Abs. I BGB. steht in allen Fällen, in denen die Forderung nicht zur Entstehung gelangt ist, die Hypothek dem Eigentümer zu. Das Gesetz macht dabei keinen Unterschied zwischen einer künftigen und gegenwärtigen Forderung. Eine verschiedene Behandlung der einzelnen Fälle ist daher mit dem Gesetz nicht vereinbar.[47])

Da die Eigentümermaximalgrundschuld eine echte Eigentümergrundschuld ist, so wird sie auch wie diese gepfändet. Die Pfändung erfolgt also gemäß §§ 857 Abs. VI, 830 ZPO. Da die Höchstbetragshypothek gemäß § 1190 Abs. III BGB. als Sicherungshypothek gilt und bei dieser die Erteilung eines Briefes ausgeschlossen ist, § 1185 Abs. I BGB., so ist die Eigentümermaximalgrundschuld eine Bucheigentümergrundschuld. Zur Pfändung ist daher Eintragung erforderlich.

Die Eintragung der Pfändung ist jedoch vom Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung für unzulässig erklärt worden,[48]) und zwar aus zwei Gründen.

Einmal leide durch eine solche Eintragung die Übersichtlichkeit des Grundbuches, und es werde infolgedessen durch die Eintragung derartiger höchstbedingter Rechte der Grundbuchverkehr wesentlich erschwert. Sodann stehe der Eintragung der § 40 GBO. entgegen, wonach die Voreintragung des Betroffenen erforderlich sei.[49])

Der erste der vom Reichsgericht angeführten Gründe erweist sich als nicht stichhaltig. Unübersichtlich könnte das Grundbuch durch die Eintragung der Pfändung doch nur insofern werden, als der Pfändungsgläubiger und ein Dritter nicht ersehen können, wieweit die Eigentümermaximalgrundschuld dem Grundstückseigentümer zusteht. Das ist aber bei der Höchstbetragshypothek selbst auch der Fall, auch bei ihr kann niemand ersehen, wieweit sie dem Hypothekar zusteht, und doch fordert das Gesetz sogar ihre Eintragung, §§ 1190 Abs. III, 1185 BGB.[50]) Der Umstand, daß es nicht ersichtlich ist, in welcher Höhe die Eigentümermaximalgrund-

---

[46]) Staudinger-Kober a. a. O.; RGR. Komm. § 1190 Erl. I; Planck a. a. O.

[47]) Körting, JW. 1933 S. 2815.

[48]) RGZ. 61/374 ff.; 75/250; 84/80; 97/226; Staudinger-Kober, § 1190 7 c.

[49]) RGZ. 120/112.

[50]) Körting a. a. O.; Oberneck, JW. 1928 S. 1495.

schuld besteht, hängt also mit dem Wesen der Höchstbetragshypothek zusammen.[51]) Läßt das Gesetz aber bei dieser die Eintragung zu, so muß auch das korrespondierende Recht, die Eigentümermaximalgrundschuld, eingetragen werden können.[52])

Das Reichsgericht ging in der grundlegenden Entscheidung, in der es sich gegen die Eintragung der Pfändung der Eigentümermaximalgrundschuld ausgesprochen hatte (RGZ. 61/374 ff.), von der später aufgegebenen Auffassung aus, daß bei der Höchstbetragshypothek vor Feststellung der Forderung keine Eigentümergrundschuld bestehe, sondern nur eine Anwartschaft auf eine künftige Eigentümergrundschuld. Auch später, als das Reichsgericht von dieser Auffassung abgewichen war, hat es die Eintragung der Pfändung für unzulässig erklärt (RGZ. 75/250). In dieser Entscheidung betont das Reichsgericht, daß seine Ansicht unabhängig von der Auffassung vom Wesen der Eigentümermaximalgrundschuld sei. Das Reichsgericht führt hier aus, daß neben der Eintragung der Höchstbetragshypothek für die mit der Eintragung entstandene Eigentümergrundschuld im Grundbuch kein Raum sei. Die Eintragungsfähigkeit wird der Eigentümermaximalgrundschuld also vollkommen abgesprochen. Hiermit im Widerspruch steht die Entscheidung RGZ. 120/112, in der das Reichsgericht die trotzdem erfolgte Eintragung für wirksam erklärt; denn die Eintragung eines nicht eintragungsfähigen Rechts ist eine inhaltlich unzulässige Eintragung, die niemals Wirksamkeit erlangen kann.[53]) Außerdem ist die Ansicht, daß eine Eintragung nicht erfolgen darf, daß aber die trotzdem erfolgte Eintragung wirksam ist, rechtspolitisch bedenklich, da hiernach nur der Rechte erlangt, dem eine Gesetzesverletzung des Grundbuchrichters zu Hilfe kommt.[54])

Als zweiten Grund für die Unzulässigkeit der Eintragung führt das Reichsgericht den § 40 GBO. an. Diese Bestimmung ist zweifellos auch für die Eigentümermaximalgrundschuld zu beachten; denn der gesetzgeberische Zweck des § 40 GBO., den Eigentümer gegen Verfügungen des Nichtberechtigten zu schützen und dem Grundbuchrichter die Legitimationsprüfung zu erleichtern, trifft auch für die Eigentümermaximalgrundschuld zu.[55]) Der vom

---

[51]) RGZ. 120/110.

[52]) Oberneck, JW. 1928 S. 1494 f. und Reichsgrundbuchr. S. 33 ff.; Legart, JW. 1933 S. 2766; Körting, JW. 1933 S. 2815.

[53]) Güthe-Triebel, § 54 Anm. 28.

[54]) Legart, J. W. 1933 S. 2760.

[55]) Güthe-Triebel, § 40, 3 III 1a.

Kammergericht vertretenen Ansicht, daß der Grundstückseigentümer als eventuell Berechtigter der Eigentümermaximalgrundschuld eingetragen sei, kann aber aus den oben angeführten Gründen nicht zugestimmt werden.[56]) Diese Ansicht führt praktisch zu demselben Ergebnis wie die Auffassung, nach der die Voreintragung des Eigentümers erforderlich ist; denn auch das Kammergericht fordert den grundbuchmäßigen Nachweis der Entstehung der Eigentümergrundschuld. Dieser kann aber vor der endgültigen Feststellung der Forderung nicht geführt werden.

Der Pfändungsgläubiger muß daher, um die Voreintragung des Eigentümers herbeizuführen, den Berichtigungsanspruch seines Schuldners pfänden und sich überweisen lassen. Die Pfändung des Berichtigungsanspruchs stößt bei der Eigentümermaximalgrundschuld jedoch auf noch größere Schwierigkeiten als bei der gewöhnlichen Teileigentümergrundschuld. Zwar hat der Grundstückseigentümer an sich einen Berichtigungsanspruch auf Eintragung der Eigentümermaximalgrundschuld,[57]) dieser ist jedoch solange gehemmt, bis feststeht, daß eine Forderung überhaupt nicht oder nicht über einen bestimmten Betrag hinaus zur Entstehung kommen wird; denn durch eine vor diesem Zeitpunkt stattfindende Berichtigung würde der eingetragene Hypothekar in seinem Recht verletzt werden, da sie verhindern würde, daß bei Entstehung einer Forderung die Eigentümergrundschuld von selbst in eine Fremdhypothek überginge.[58]) Der Berichtigungsanspruch kann daher vor diesem Zeitpunkt auch nicht gepfändet werden.

Vor der endgültigen Feststellung der Forderung hat jedoch der Eigentümer einen durchsetzbaren Anspruch gegen den Hypothekar auf Zustimmung zu einer Eintragung, die die auflösende Bedingung erkennen läßt; denn durch eine solche Eintragung wird er nicht berührt.[59]) Gegen die Eintragung der Eigentümermaximalgrundschuld als eine durch die Valutierung der Höchstbetragshypothek auflösend bedingte wird geltend gemacht, daß die vorläufige Eigentümergrundschuld nicht als besonderes Rechtsinstitut im Gesetze anerkannt ist.[60]) Das ist aber auch für die Eintragung gar nicht erforderlich; jede Eintragung ist nämlich zulässig, sofern sie nicht dem Wesen und Zweck des Grundbuchs widerspricht,

[56]) vergl. oben S. 10 f.

[57]) A. M.: Das RG. (RGZ. 75/250); Stein-Jonas § 857 II 6 d.

[58]) Wolff, § 153 III; Planck, § 1190 Erl. 6 a j.

[59]) Heck, § 84, 4.

[60]) So Mayer, Gruch. 56 S. 530 f.; für Zulässigkeit der Eintragung: RGR. Komm. § 1190 A. 1, S. 666.

was bei der Eintragung der Eigentümermaximalgrundschuld nicht der Fall ist.

Da der Gläubiger der Eigentümermaximalgrundschuld somit einen Berichtigungsanspruch auf eine Eintragung hat, die die auflösende Bedingung erkennen läßt, so ist dieser Berichtigungsanspruch auch für den Pfändungsgläubiger pfändbar. Der Pfändungsgläubiger wird durch die Pfändung und Überweisung des Berichtigungsanspruchs legitimiert, diesen gegen den Hypothekar geltend zu machen. Mit der Rechtskraft des Urteils gilt dessen Zustimmungserklärung als abgeben. Ist der Grundstückseigentümer als Gläubiger der Eigentümermaximalgrundschuld unter der auflösenden Bedingung der Valutierung der Höchstbetragshypothek eingetragen, so kann die Eintragung des Pfändungspfandrechts erfolgen, wodurch das Pfändungspfandrecht zur Entstehung gelangt.[61]) Dieses Ergebnis wird den wirtschaftlichen Bedürfnissen gerecht und entspricht der Billigkeit.

Nach Ansicht des Reichsgerichts dagegen muß der Pfändungsgläubiger warten, bis durch Anerkennung der Begrenzung der gesicherten Forderung oder durch den Verteilungsplan im Zwangsversteigerungsverfahren endgültig festgestellt ist, wie hoch die Hypothek valutiert ist. Allerdings läßt das Reichsgericht eine Rückwirkung auf den Zeitpunkt der Zustellung des Pfändungsbeschlusses eintreten, indem es auf § 830 Abs. II ZPO. hinweist und das in dem Pfändungsbeschluß enthaltene Verfügungsverbot gemäß § 161 BGB. für bedingt wirksam erklärt. Auf die gegen diese Ansicht bestehenden Bedenken ist bereits oben hingewiesen.[62])

Die hier vertretene Auffassung, daß schon vor der endgültigen Feststellung der Höhe der Forderung ein wirksames Pfandrecht entsteht, läßt das Recht des Hypothekars, die Höchstbetragshypothek weiter zu valutieren, unberührt. Durch die Bestellung einer Höchstbetragshypothek hat nämlich der Eigentümer über seine Eigentümergrundschuld aufschiebend bedingt zugunsten des Gläubigers verfügt. Die Bedingung ist das Entstehen von Forderungen, sie ist eine Rechtsbedingung, da kraft gesetzlicher Bestimmung die Hypothek in Höhe der Forderungen entsteht. Auf diese Rechtsbedingung ist der § 161 BGB. analog anzuwenden.[63]) Eine weitere Ver-

---

[61]) Im Ergebnis ebenso: Oberneck, J. W. 1928 S. 1495; Gruch. 50 S. 576 ff.; Legart, J. W. 1933 S. 2765 f.; Körting, J. W. 1933 S. 2816.

[62]) vergl. oben S. 36.

[63]) Schmidt-Ernsthausen, J. W. 1933 S. 669; Mayer, Gruch. 56 S. 525; Francken, S. 19; Körting, J. W. 1933 S. 2888.

fügung des Eigentümers ist daher insoweit unwirksam, als sie die von der Bedingung abhängige Wirkung, also das Entstehen der Höchstbetragshypothek vereiteln oder beeinträchtigen würde, § 161 Abs. I S. 1. Ein Schutz des guten Glaubens kommt für den Pfändungsgläubiger nicht in Betracht.

E. Die Pfändung des auf die Teileigentümergrundschuld entfallenden Versteigerungserlöses.

Während des langwierigen Pfändungsverfahrens gerät oft das Grundstück in Zwangsversteigerung, bevor die Pfändung vollendet ist. Geht in einem solchen Fall die Teileigentümergrundschuld dem Recht des betreibenden Gläubigers im Range nach, so wird sie nicht in das geringste Gebot aufgenommen, sondern erlischt durch den Zuschlag, §§ 44, 91 ZVG. An die Stelle der Teileigentümergrundschuld tritt der Anspruch auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlös. Eine Pfändung der Teileigentümergrundschuld ist daher nur bis zum Zuschlag möglich. Nach dem Zuschlag kann nur der Anspruch auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlös gepfändet werden. Diese Pfändung erfolgt nicht nach den Grundsätzen der Hypothekenpfändung, sondern nach den allgemeinen Vorschriften über die Pfändung von Forderungen gemäß § 829 ZPO. durch Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Grundstückseigentümer.[64])

Die falsche Bezeichnung dieses Anspruchs als Eigentümergrundschuld im Pfändungsbeschluß schadet jedoch nicht, sie ist vielmehr als Pfändung des Anspruchs auf Befriedigung aus dem Verteilungserlös zu deuten.[65])

Die Pfändung der Teileigentümergrundschuld als solcher muß auch darüber hinaus bis zur Rechtskraft des Zuschlagsbeschlusses zulässig sein;[66]) denn da bei Aufhebung des Zuschlagsbeschlusses die durch den Zuschlag erloschenen Rechte mit rückwirkender Kraft als nicht erloschen behandelt werden, so würde die Pfändung des

---

[64]) OLGE.11/337; 17/358; Oberneck, Gruch. 50 S. 572; Staudinger-Kober, § 1163 IV 4; Stein-Jonas, § 857 II 6 b.

[65]) RGZ. 75/316; Stein-Jonas, § 857 II 6 e; RGR. Komm. § 1163 A 3.

[66]) Du Chesne, KGBl. 07 S. 172.

Erlösanspruches mangels Eintragung bezw. Briefübergabe kein wirksames Pfandrecht an der Teileigentümergrundschuld zur Entstehung gebracht haben. Die Teileigentümergrundschuld würde also praktisch in dem Zeitraum zwischen der Verkündung des Zuschlagsbeschlusses bis zum Eintritt der Rechtskraft unpfändbar sein.

Ob umgekehrt auch die Pfändung des Anspruchs auf den Verteilungserlös vor Verkündung des Zuschlagsbeschlusses zulässig ist, ist streitig. Das Reichsgericht hat diese Frage verneint, weil vor dem Zuschlag ein selbständiger Anspruch auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlös nicht bestehe.[67]) Letzteres ist zweifellos richtig, da bis zum Zuschlag der Anspruch auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse ein Ausfluß des dinglichen Rechtes ist. Doch besteht unbestreitbar nach dem Zuschlage ein selbständiger Anspruch auf Befriedigung aus dem Erlöse. Vor dem Zuschlage besteht daher ein künftiger, selbständiger Anspruch auf Befriedigung aus dem Erlöse. Da aber künftige Ansprüche gepfändet werden können, sofern ein genügend bestimmbarer Entstehungstatbestand vorliegt,[68]) und dies bezüglich des Anspruchs auf den Erlös vor dem Zuschlag der Fall ist, so ist die Pfändbarkeit des Anspruches auf den Versteigerungserlös vor Erteilung des Zuschlags zu bejahen.[69])

Es besteht hiergegen auch nicht das Bedenken, daß die Pfändung des Anspruchs auf den Erlös die Pfändung der Teileigentümergrundschuld in der Wirkung ersetzen könnte und daher § 830 ZPO. mit dem Erfordernis der Eintragung bezw. Briefübergabe umgangen werden könnte; denn jede Pfändung der Teileigentümergrundschuld geht einer Pfändung des künftigen Anspruchs auf Befriedigung aus dem Erlös im Range vor.[70]) Das folgt daher, weil das Recht auf den Versteigerungserlös als Bestandteil des Grundschuldrechts nicht Gegenstand selbständiger Verfügungen sein kann und somit eine Verfügung über den künftigen Versteigerungserlös nur zur Wirksamkeit erlangen kann, wenn das Recht auf Befriedigung aus dem Erlös überhaupt in der Person des Verfügenden entsteht.[71]) Ebenso ist die Rechtslage, wenn die

---

[67]) RGZ. 70/278; desgl. Stein-Jonas, § 857 II 6e; Staudinger-Kober, § 1163 IV 4.

[68]) RGZ. 135/139; 136/100; KG. in J. W. 1932 S. 3191; Förster-Kann, § 829, 2; Gährs, J. W. 1933 S. 1292.

[69]) Oberneck, Gruch. 50/573; Mayer, Gruch. 56/561 ff.; Gährs a. a. O.; OLG. Jena, J. W. 1927 S. 2643.

[70]) Gährs, S. 1299; P. Mayer, Gruch. 56/570.

[71]) P. Mayer a. a. O.

Eigentümergrundschuld vor dem Zuschlag gepfändet wird. Dann gehen die Rechte, welche die Eigentümergrundschuld selbst schon belasteten, da sie sich an dem Recht auf Befriedigung aus dem Erlös fortsetzen als ältere Rechte denjenigen vor, die erst durch den Zuschlag auf Grund vorweggenommener Pfändungen an dem Recht auf Befriedigung aus dem Erlös entstanden sind.

Eine nicht nach § 830 ZPO. formgerecht erfolgte Pfändung einer Teileigentümergrundschuld läßt sich jedoch nicht in eine Pfändung des zukünftigen Anspruchs auf den Versteigerungserlös konvertieren.[72]) Dieser Anspruch muß, wenn er vor dem Zuschlag gepfändet werden soll, ausdrücklich als solcher im Pfändungs- und Überweisungsbeschluß bezeichnet werden. In dem oben bezeichneten Falle entsteht auch nicht, wenn die Eintragung bezw. Briefübergabe nach Erteilung des Zuschlages nachgeholt wird, ein wirksames Pfändungspfandrecht an dem Erlösanspruch. Andernfalls würde derjenige, der eine den gesetzlichen Erfordernissen entsprechende Vollstreckungshandlung nicht vorgenommen hätte, einem dritten Gläubiger, der ordnungsgemäß nach dem Zuschlage den Anspruch auf Befriedigung aus dem Erlöse gepfändet hätte, vorgehen.[73])

Ebenso wie die Pfändung der gewöhnlichen Teileigentümergrundschuld während der Zwangsversteigerung erfolgt auch die Pfändung der Eigentümermaximalgrundschuld. Nach dem Zuschlage kann daher, falls die Höchstbetragshypothek dem Recht des betreibenden Gläubigers nachgeht, nur der Anspruch auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlös gepfändet werden. Auch diese Pfändung wird aber nur dann wirksam, wenn die Forderung endgültig festgestellt wird. Bis zu diesem Zeitpunkt kann der frühere Hypothekar seinen Anteil am Versteigerungserlös noch durch weitere Kreditgewährungen erhöhen; denn auf das Recht am Erlös sind die für die Hypothek geltenden Vorschriften grundsätzlich anzuwenden.[74]) Die Feststellung der Forderung hat aber spätestens im Verteilungstermin zu geschehen; denn im Verteilungstermin muß die endgültige Höhe des Anteils des früheren Hypothekars feststehen, da sonst eine Verteilung des Erlöses nicht stattfinden kann.[75])

Wird der Anspruch auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlös gepfändet, so wird hierdurch nicht der frühere Hypothekar

---

[72]) Legart, J. W. 1933 S. 2765.

[73]) RGZ. 76/234; Legart a. a. O.

[74]) So RGZ. 125/368; früher dagegen verneinte das RG. die Anwendung der hypothekenrechtlichen Grundsätze, RGZ. 55/222 f.

[75]) RGZ. 125/136; 51/118; 55/222.

gehindert, seinen Anteil am Erlös zu vergrößern; denn der Anspruch auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlös ist ebenso wie vorher die Eigentümermaximalgrundschuld auflösend bedingt durch das Anwachsen des Anteils des früheren Hypothekars.

Wie über die Eigentümermaximalgrundschuld, so hat der frühere Grundstückseigentümer auch über den dieser entsprechenden Anspruch auf Befriedigung aus dem Erlös bedingt verfügt. Jede weitere Verfügung ist daher in analoger Anwendung des § 161 BGB. insoweit unwirksam, als sie das Anwachsen des Anteils des früheren Hypothekars am Erlös vereiteln würde.[76]) Das Pfandrecht an dem Anspruch auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlös ist daher auflösend bedingt durch das weitere Anwachsen des Anteils des früheren Hypothekars.

[76]) Francken, S. 29.

Lebenslauf.

Ich bin am 12. Januar 1912 zu Eisenach als Sohn des damaligen Regierungsassessors, jetzigen Reichsbahndirektionspräsidenten Dr. jur. Walther Bürger geboren. Ich bin evangelischer Konfession und deutscher Staatsangehöriger. Das Abiturientenexamen bestand ich Ostern 1930 am Städt. Gymnasium zu Münster i. W. Ich studierte auf den Universitäten Tübingen 3 Semester und Münster 4 Semester Rechtswissenschaft. Die erste juristische Prüfung bestand ich am 15. Januar 1934 am Oberlandesgericht in Hamm. Die mündliche Doktorprüfung fand am 18. Februar 1935 statt.